ISTITUZIONI CIVILI
DEL DIRITTO ROMANO
D I
GIUSEPPE CIRILLO,

CELEBRE GIURECONSULTO, ED AVVOCATO NEL FORO NAPOLETANO, E PRIMARIO PROFESSORE DI GIURISPRUDENZA ROMANA NELLA UNIVERSITA' DE' REGJ STUDJ DI NAPOLI.

DISPOSTE NELL' ITALIANO IDIOMA

DA GIO: SELVAGGI

Abbondantemente accresciute di varie disposizioni, ed annotazioni utili, e necessarie per uso, e vantaggio della propia studiosa gioventù.

LIB. III. E IV.

TOM. II.





IN NAPOLI MDCCLXXXV.
PRESSO VINCENZO MAZZOLA-VOCOLA.

Con Licenza de' Superiori.

Scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim, ac potestatem, l. 17. d. de leg. senatusque consultis.

Contra legem facit, qui id facit, quod lex prohibet: In fraudem vero, qui, salvis verbis legis, sententiam ejus circumvenit, l. 29. 30. d. de leg. l. 19. d. ad exhibendum.

Nullum pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus subsecutum, qui contrahunt lege contrahere prohibente, l. 5. C. de legib.

A S. E. REVERENDISSIMA

Al Signore

D. Prospero di Rosa Abate di Monte Casino.



NEl vaſto campo delle veraci lodi, copioſo argomento preſentaſi all'Oratore per lodare i ragguardevoli perſonaggi, reſtandone però di queſte ſnervato il giuſto peſo, ſe chi lodaſi è delle virtù tutte il compendio, e l'eſemplare. Nel quì imprimere il Voſtro Nome ſi rincora il mio ſpirito, ma s'affollano al mio penſiero le Voſtre vaſte virtù, ſvegliandomi nel profondo dell'animo le più vive immagini della Voſtra virtuoſa vita; mi rattriſta poi la Voſtra natural modeſtia nel rifiutare le giuſte lodi. Dalla natura urtato è l'uomo a compiacerſi, quaſi per compenſo della fatica, della gloria, e della felice rimembranza delle virtuoſe azioni. Ma Voi

per natural modeſtia reſtio alla gloria, ed alla lode, vivendo unicamente nella tranquilla pace, vi compiacete godere nella ſolitudine la retta coſcienza delle virtù. Vaſta ſarebbe delle voſtre lodi la provincia, ſe non mel vietaſſe l'iniqua condizione della Voſtra modeſtia. O me fortunato! ſe libero mi ſi daſſe il permeſſo di laſciare alla futura poſterità gl'eterni monumenti delle Voſtre virtù, delle quali un riſpettoſo ſilenzio ne accreſce gl'encomj, mentre il maſſimo oggetto delle voſtre lodi è l'eſſere delle lodi tutte meritevole, e coſtantemente riſiutarne la gloria, la quale traendo la ſua origine non meno dall'Illuſtre proſapia de' Voſtri Maggiori, vivi ſimulacri di virtù, forti Mecenati delle lettere, eſatti Miniſtri della giuſtizia, ed ottimi Cittadini di veneranda memoria nella futura poſterità, ma anche dalla Voſtra virtuoſa vita, fornita di ſinceri, e piacevol coſtumi, dalla ſingolare bontà, dalla ſoda pietà, dall'incorrotta giuſtizia, dall'eſemplare oſſervanza, dal retto governo, dal-

dalla naturale tranquillità, dalla meravigliosa costanza, ed uguaglianza nell' incostante fortuna, e ne' sinistri accidenti, e dall' universal' ammirazione, all' acquisto della vera virtù ne stimularebbe ogn' uno.

Spero dunque, e mi lusingo, che, all' ombra sola del Vostro ragguardevol Nome, vada lungi da questo libro la maledica invidia, mentre nel felice corso degl' onori, e delle dignità a prò dello Stato, e delle Lettere il Cielo conservandovi sano e salvo, divotamente inchinato mi riprotesto

Di V. E. Rm̃a.

Napoli 25. Ottobre 1785.

Umiliss. Devotiss. Serv. vero
Giò: Selvaggi.

INDICE
DE' TITOLI

LIBRO III.

LIBRO IV.

PROSPETTO GENERALE DEL SECONDO TOMO.

LIBRO III.

Dell' intestate eredità.

SEcondo la semplicità della natura i dominj colla morte s'estinguono, ed affinchè i beni de' defonti non fossero da altri occupati, furono da Giustiniano chiamati i discendenti, gl' ascendenti, ed i cognati, secondo il grado. Intestato dicesi colui, che o non può, o non fa testamento: intestabile poi colui, a cui vien proibito il testamento. La successione intestata si divide o *in capita*, o *in stirpes*, e si regola secondo la Nov. 118.. La successione de' figli adottivi succede giusta la costituzione di Giustiniano.

In mancanza degl' eredi suoi s' ammettono alla legittima successione gl' agnati secondo il grado. Al figlio intestato, in mancanza de' suoi eredi, succedono i fratelli, e sorelle, ed in terzo luogo i parenti. Al figlio emancipato succede il padre manomissore. Dal S. C. Tertulliano fu chiamata la madre alla successione del figlio, dalla quale, com' indegna, vien' esclusa, se non ha domandato il tutore al figlio. Quella delle madri intestate si deferisce ai figli pel S. C. Orfiziano. In mancanza de' suoi, e degl' agnati succedono i cogna-

gnati fino al sesto grado inclusivo. Secondo la poziorità della linea, e del grado si regola la successione de' cognati.

Al liberto nella metà de' beni succedeva il padrone, ma per jus Giustinianeo se il liberto aveva figli, *nihil juris erat patrono*. Al liberto assegnato, morto senza figli, succede colui, a cui è stato assegnato.

Per distendere i confini delle successioni fu dal pretore introdotta la possessione de' beni; *Ex testamento* sono due, *vel secundum*, *vel contra tabulas*: *ab intestato* sono quattro, *unde liberi*, *unde legitimi*, *unde cognati*, *& unde vir, & uxor*. Questa si divide in definita, ed indefinita; in ordinaria, e straordinaria; in edittale, e decretale. Per domandare la possessione de' beni, a' figli, e parenti accordò Giustiniano lo spazio d'un anno, agl' altri agnati, e cognati cento giorni.

Secondo la Nov. 118. indifferentemente senza distinzione di sesso, o suoi, o emancipati succedono ai padri intestati ugualmente. I beni pervenuti dal primo matrimonio spettano ai figli da quello nati. Similmente succedono al padre i figli legittimi, che i legittimati. I figli illegittimi succedono alla madre loro coi giusti figli, in mancanza di questi, e della moglie nel sestante al padre da dividerselo colla madre *in capita*. I figli nati *ex damnato coitu* a niuno succedono. In mancanza de' figli indifferentemente succedono gl' ascendenti

co-

cosicchè il più prossimo esclude il più remoto. In mancanza de' discendenti, e degl' ascendenti succedono i collaterali senza differenza o di sesso, o di agnazione, o di cognazione. In mancanza de' germani, e di loro figli si deferisce l'eredità a' consanguinei, ed uterini; mancando costoro vengono i collaterali o dell'uno, o dell' altro lato secondo la prerogativa del grado, sì legittimati, che gl' adottati. Finalmente da Giustiniano sono chiamati i conjugi. In mancanza di questi il Fisco.

Non meno l'arrogazione era un' altro modo universale per acquistare, che l'aggiudicazione de' beni per causa della libertà, com' altresì era la compra de' beni del debitore nascosto in frode de' creditori, e quella del S. C. Claudiano.

Le obbligazioni sono i legami della legge per astringere alcuno ad attendere la promessa. Se ci obbligano nel foro, chiamansi contratti, se non ci obbligano ne' giudizj, diconsi patti nudi. I patti danno legge ai contratti, e se questi ostano all' editto del pretore, compete l'eccezione. Al patto nudo spetta l' eccezione, al legittimo l' azione. Si aggiungono i patti o *in continenti*, o *ex intervallo*. Sono nulli i patti estorti con dolo, violenza, e timore. I contratti altri diconsi nominati, altri innominati. Altri di buona fede, altri di stretta ragione, questi unilaterali, quelli bilaterali. Il dolo rende il contratto *ipso jure* nullo, se

poi

poi cade nel contratto, è valido, ma compete l' eccezione. Dall' obbligazione nasce l'azione o diretta, o contraria: con queste s'agisce alla prestazione della promessa, e compensazione del danno avvenuto o per dolo, o per colpa, o per caso. La colpa o è lata, o lieve, o lievissima. I fonti dell' obbligazioni sono il contratto, o quasi, il maleficio, o quasi.

Il consenso, e la tradizione costituiscono i contratti reali, cioè il mutuo, il comodato, il deposito, el pegno. Le cose fungibili sono l'oggetto del mutuo, che si contrae dall' assoluto padrone della cosa, o da colui, che fa l'offizio di padrone. Si restituisce la cosa mutuata nel luogo, e tempo prefisso, e della stessa bontà, nè soffre aumento di sorte. Nel comodato si dà l'uso della cosa per restituirsi finito il tempo. Nel deposito si dà la cosa a custodire per restituirsi in qualunque tempo al depositario; Simile al deposito è il sequestro. Il pegno si dà al creditore per sicurezza del credito, a cui si riferisce anche l'ipoteca, ch'è o generale, o speciale, e perciò diverso il diritto de' creditori.

L'obbligazione, che si contrae colle parole, dicesi stipolazione: questa o è pura, o condizionale; e consiste *in dando*, o *in faciendo*. Reo stipolante dicesi, chi stipola: reo promittente, chi promette, e da questi nascono le obbligazioni solidali: al servo anche spetta il jus di stipolare. Le stipolazioni o sono giudizia-

ziali, o pretorie, o convenzionali, o comuni. Diventano inutili per la cosa, per la persona, per la mente de' contraenti, e per la stessa concezione delle parole.

Non meno nelle cause, che ne' contratti possono alcuni interporre per altri la loro fede, e questi si chiamano fidejussori, a' quali da Giustiniano si concede il benefizio dell' ordine, e della divisione. Alle donne è vietata pel S.C. Vellejano qualunque intercessione.

Siegue l'obbligazione delle lettere, che nasce dal privato chirografo; ed a questa succedono l'obbligazioni, che nascono dal consenso, cioè la compra e vendita, la locazione e conduzione, la società, el mandato, e per costituzione di Leone l'enfiteusi. Nella compra si richiede il consenso, la cosa, el prezzo certo. Il pericolo, el comodo, seguita la tradizione, appartiene al compratore. La compra o è pura, o condizionale. Non si possono vendere le cose esenti dal commercio.

Nella locazione si dà l'uso della cosa, o delle opere a certo tempo per determinata mercede, e si possono locare le cose sì corporali, che incorporali. Nella locazione deve il locatore osservare la legge del contratto, e non intempestivamente espellere il conduttore, se non in alcuni casi, simile alla locazione è l'enfiteusi.

Nella società comune dev'essere il lucro, el danno; questa è o generale, o particolare, e

si

si scioglie col dissenso, colla morte, colla povertà, e col fine del negozio. Si spiega la difficile legge 69. *d. pro soc.*

Finalmente succede il mandato, col quale s'esercitano gl'altrui negozj. Il mandato turpe è nullo, e non compete azione. Nel mandato si devon' osservare le leggi del mandato. S'estingue il mandato col dissenso, colla rinunzia, e colla morte.

Varie obbligazioni nascono da' quasi contratti; questi sono la gestione de' negozj, l'amministrazione della tutela, delle cose comuni *citra conventionem*, l'adizione dell' eredità, e la soluzione dell' indebito, che si ripete, se pagasi per errore, lochè non compete, se pagasi con scienza. L'errore o è del diritto, o del fatto. Si distrae l'obbligazione per l'eccezione del patto, del giuramento, della sentenza &c., o *jure ipso* per la soluzione, compensazione, accettilazione, novazione, delegazione, e contrario consenso.

LIBRO. IV.

Dell' obbligazioni, che nascono dal delitto.

I Delitti o sono pubblici, o privati; questi riguardono il furto, la rapina, il danno, e l'ingiuria. Nel furto si ricerca il frodolente toccamento, el lucro. Il furto o è manifesto, o non manifesto, o concetto, o oblato. Si agisce col ladro coll' azione del furto. Il ladro not-

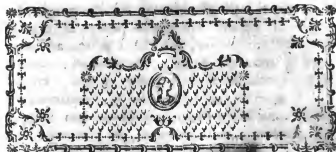
notturno si può impunamente ammazzare, il diurno poi, se colle armi si difende. Ruba chi di nascosto si prende l'altrui roba; rapisce chi usa la forza. Dentro l'anno il rattore è condannato al quadruplo, dopo l'anno al semplice. Siegue la legge Aquilia, la quale comprende varj capi: coll'ingiuria o verbale, o reale s'offende la persona, e l'altrui roba. Si numerano quattro quasi delitti. Il terz'oggetto della legge sono le azioni: queste o sono reali, o personali, o miste *tam in rem, quam in personam*, tali sono *familiae erciscundae, communi dividundo, & finium regundorum*. Altre sono civili, altre pretorie; tali sono la Paoliana, Publiciana, e la rescissoria: Indi la Serviana, e l'ipotecaria: Le Pretorie o sono reali, o personali, e queste o sono persecutorie della cosa, o della pena. Le persecutorie della cosa sono la costitutizia azione, la recettizia, del peculio de' figli di famiglia, e l'azione *in factum ex jurejurando*. Le penali sono l'azione *albi corrupti, de parente sine venia in jus vocato, e de eo, qui vi eximit reum*. Altre poi sono persecutorie della persona, e della cosa, e sono miste. Quest', altre si danno nel simplo, altre nel doppio, altre nel triplo, altre nel quadruplo. Le azioni alcune sono di buona fede, altre di stretta ragione, altre arbitrarie. Finalmente alcune volte conseguiamo il solido, alle volte meno del solido. Nè si può cercare più o meno, o una cosa per un' altra.

Per

Per Pretoria equità i padri, ed i padroni sono tenuti pei contratti de' figli, e de' servi colle azioni esercitoria, istitoria, del peculio, e tributoria. Pel S.C. Macedoniano sono nulle le obbliganze de' figli di famiglia.

Per il maleficio del servo è obbligato il padrone, e si libera colla dazione della nossa; com' anche se un quadrupede faccia danno. Possiamo agire non solo noi stessi, ma anche i nostri procuratori. Ne' giudizj dobbiamo dare la satisdazione. Le azioni altre sono perpetue, altre temporali, e di queste, altre passono agl' eredi, e contro degl' eredi. Contro le azioni ci possiamo difendere coll' eccezioni; queste o sono dilatorie, o perentorie; se nell' eccezione v' è nascosta qualche frode, può l' attore metterla in chiaro colla replica, &c. Gl' interdetti o sono proibitorj, o esibitorj, o restitutorj. Questi s' esercitano o per acquistare, o per ritenere, o per ricuperare il possesso delle cose. Per raffrenare le ingiuste liti, stabilì il Pretore contro i temerarj litiganti queste pene, cioè il giuramento, la pena pecuniaria, e l' infamia. Se il giudice malamente giudica, deve soddisfare gl' interessi, se con dolo, addiviene infame. Si numerano otto specie di pubblici delitti. Nell' intiero decorso di queste Istituzioni con sufficiente chiarezza si spiegano tutte le disposizioni attinenti a ciascun titolo particolare.

EDI-



DELLE ISTITUZIONI DEL DIRITTO CIVILE ROMANO

LIB. III.

TIT. I.

Dell' Eredità, che si deferiscono ab intestato.



Econdo la semplicità della natura, i domini finivano colla morte, ed i beni de' defonti erano soggetti alla occupazione. Ma poi, per metter fine a tali discordie, s'introdusse per uso degli uomini, che i beni del defonto spettassero a coloro, a' quali avrebbe il defonto voluto dare piutosto. Questi certamente erano i di-

discendenti, gli ascendenti, ed i cognati, secondo il grado. Nè questo molto si diparte da quell'antico jus, giacchè i primi ad occupare la roba del padre, che moriva, erano i figli, quella de' figli il padre, e poi i cognati. I Romani però da ciò si dipartirono, e regolavano la intestata succeſſione, non secondo la congettura della volontà, ma secondo il jus del comune dominio. Quindi escludevano i figli emancipati, ed i cognati, come fuori della famiglia, ed agnazione, ed ammettevano i figli legittimi, gli agnati, e la moglie, la quale era in potestà del marito. Ma poi, per gli editti de' pretori, Senatoconsulti, e per le costituzioni de' Prencipi, fu in parte corretta quella severità dell'antico diritto: E finalmente, a' tempi di Giustiniano, la succeſſione intestata secondo la congettura della volontà cominciossi a regolare.

Intestato dicesi propiamente colui, il quale potendo far testamento, non l'ha fatto: colui, che ha fatto il testamento, ma non *jure*: colui, il testamento di cui si è rotto per la sopravvenienza del postumo, e si è fatto irrito per la deminuzione del capo: e colui finalmente, la di cui eredità non si è adita. Chi non può testare, propiamente dicesi intestabile. Intestabile dissero i Decemviri, colui, che non può esser testimonio. Intestabile è ancora, chi vien proibito di fare il testamen-

 to.

to. In questo senso intestabili sono gl'impuberi, il furioso, e colui, il quale è stato interdetto de' beni.

La legge delle dodeci tavole, intorno alla successione, così dice: *Si intestato moritur, cui suus heres nec extabit, adgnatus proximus familiam* (i. e. hereditatem) *habeto: Si adgnatus nec escit, gentilis familiam heres nancitor*. Dunque prima succedono i suoi eredi. Si dicono suoi coloro, che sono in potestà, e nel tempo della morte del padre ottengono il primo grado nella famiglia, *l. scripto 7. d. si tab. test. null.* o siano maschi, o femmine, o siano di primo grado, come i figli, e figlie, o di ulteriore, come i nipoti, e nipote, o naturali, o adottivi, o procreati da giuste, o da ingiuste nozze, ma fatti legittimi con uno di quei modi, de' quali nel §. *ult. de nupt.*, o già nati, o postumi.

I figli naturali sono esclusi dalla successione feudale, nè legittimati sono capaci di poter succedere, giusta il comune sentimento de' Dottori, poichè i figli naturali non hanno i diritti dell'agnazione, *l. 4. d. unde cognati*, ed il feudo si acquista per diritto di agnazione. Se il Principe semplicemente costoro legittima, nè pure sono ammessi, fuorchè nel caso della espressa chiamata al feudo, e menzione de' figli legittimi.

Alle volte accade, che, chi non è nella po-

testà del padre nel tempo della morte, diventa suo erede, come se il figlio in quel tempo sia in mano de' nemici, poi ritorna morto il padre, *jus enim postliminii hoc facit*, §. 4. *Inst. h.t.*

Alle volte avviene, che, chi è in potestà nel tempo della morte del padre, non sia suo erede, o finisce di essere suo erede; come se il padre sia stato condannato, come reo di lesa Maestà. Non può avere suo erede colui, a cui il Fisco succede. Nè osta quella regola di legge, *semel heres, semper heres*: giacchè questa si deve intendere, che non può l'erede non essere erede *facto suo*, non già *vi juris*.

I suoi eredi, senza fatto proprio, ma col solo ministero della legge, acquistano l'eredità, a differenza degli estranei, i quali si dicono adire l'eredità, *tit.19.lib.2.pag.*148. Quelli acquistano l'eredità senza loro scienza, e la trasmettono, *l.* 3. *C. de jur. delib.*, e si dicono anche necessarj, perchè tanto per testamento, quanto *ab intestato* sono eredi del padre, e questo vivente, dicesi il figlio coerede, e socio di tutt' i beni paterni; nè morto il padre, acquista il figlio il dominio della roba ereditaria, ma quel dominio, che sospeso era in vita del padre, dopo la di lui morte comincia ad essere nella persona del figlio, e nello stesso momento della morte è erede, nè mai può questa eredità chiamarsi giacente. Quindi il pupillo non ha bisogno dell'autorità del tutore

per

per dichiararsi erede del padre, lochè non così avviene nella eredità dell'estraneo, la quale non si può adire dal pupillo senza l'autorità del tutore, *l. 9. e 49. d. de acquirend. hered.*, ancorchè fosse vantaggiosa, *l. 9. §. 2. d. de auct. tutor.*

Alle volte finalmente accade, che, chi non ha il primo grado nella famiglia, diventa suo erede: Come se il padre di famiglia, fatto il testamento, se ne muore avendo diredato il figlio, dipoi nel mentre l'erede istituito delibera, muore il figlio, morto il quale, delibera di non adire l'eredità, il nipote in questo caso può esser suo erede, *l. scripto 7. d. si tab. test. null.* E giacchè i postumi, quando si tratta della loro utilità, si hanno per già nati, quindi benchè il nipote, morto l'avo, nasca, purchè sia conceputo vivo l'avo, destituto dopo la morte del padre il testamento, diventa suo erede, *§. 8. h. t.*, *& l. 6. si quis d. de injust. rupt. irrit. fact. testam.* Del resto se dopo la morte dell'avo è stato conceputo, Marcello scrive, *neque ut suum, neque ut nepotem, aut cognatum ad hereditatem, vel ad bonorum possessionem posse admitti.* Questo ha luogo nella sola eredità dell'avo, e restano salvi i diritti della cognazione, come il jus al feudo, al padronato, all'enfiteusi, ed al ritratto.

Che se un solo figlio suo erede sia superstite, e dell'altro morto un nipote, o nipote, ugual-

 men-

mente si chiamano all' eredità dell' avo col figlio superstite: e questo si è introdotto per benigna interpetrazione de' prudenti, e non solamente quelli, ma ancora i pronipoti, e pronipote dal nipote premorto: ed i figli succedono *in capita*, ed i nipoti, *& deinceps in stirpes*; e 'l nipote, ed i nipoti *ex filio mortuo*, benchè sono più, prendono quella porzione, che toccata sarebbe al di loro padre. Quindi *stirps* propriamente è la famiglia; onde se al padre sono superstiti tre figli, perchè questi dopo la morte del padre già diventano padri di famiglia, una sola famiglia in tre famiglie si divide, *Cujac. ad lib. III. quæst. Papin. in l. 1. d. de probat.*

Qualunque intestata succesione si divide o *in capita*, o *in stirpes*. Dicesi succedere *in capita*, quando l' eredità si divide in tante parti, quante sono le persone, che devono succedere: *In stirpes*, quando secondo il numero delle famiglie si divide l' eredità, come coloro, che sono di una famiglia, prendono una porzione, quelli dell' altra, quantunque siano molti, prendono l' altra porzione, e così successivamente. *Capita* diconsi le persone di una, o più famiglie. *Stirpes* sono il principio della famiglia, come il figlio è l' origine de' nepoti, il nepote è il principio de' pronipoti. Si succede *in capita*, quante volte le persone, che succedono, sono chiamate alla eredità per

pro-

propio diritto, e propia persona: *In stirpes* poi, quando succedono per diritto di rappresentanza, cioè della persona di colui, nel cui diritto, e luogo succedono. Per diritto antico la successione *in stirpes* militava solamente negli eredi suoi, perchè questi, vivente il padre, erano coeredi, e padroni delli beni paterni, *l. 11. d. de liber. & post.*, quindi morto il figlio, i nepoti da quello nati, succedono nel grado del padre alla eredità dell' avo, *§. 13. d. de injust. rupt.*, e questi succedono *in stirpes* alla intestata eredità dell' avo, entrando nel grado, e luogo del padre loro, ed essendo più, non possono ottenere porzione maggiore di quella, che sarebbe al padre spettata, e secondo il numero delle famiglie tutta l' eredità dell' avo si divide. Ad esempio de' suoi eredi l' eredità della madre, e dell' ava si deferiva alli figli per costituzione di Giustiniano, *l. 9. C. de suis, & leg. lib.* e fu uguagliata la condizione de' figli nella successione de' parenti, seguendosi la stessa ragione nella divisione della eredità tra i figli di primo, e di ulterior grado, *Novell.* 118. *cap.* 1. Nella linea collaterale i figli de' fratelli, e delle sorelle, per diritto di rappresentanza, succedono *in stirpes* con i fratelli del defonto, *Nov.* 118. *cap.* 3. Il più prossimo nel grado nella successione *in stirpes* non esclude il più remoto, poichè il diritto di rappresentanza uguaglia la

loro condizione nella successione dell' avo, ed i nipoti per uguale diritto concorrono con i fratelli del padre, ed in questo caso si divide l' eredità in parti uguali, *l.* 3. *C. de suis, legit. lib.* Similmente per la stessa ragione il pronipote, e l' abnepote vengono chiamati alla successione dell' avo, poichè il diritto della rapprefentanza non è ristretto tra definito grado di discendenti, *nov.* 118. *cap.* 1. Chiaramente dunque si comprende, come il più remoto non è escluso dal più prossimo, *nec qui gradu proximior ulteriorem excludit*, §. 6. *Instit. h. t.*

Il diritto della famiglia si riguarda nel tempo della morte del padre, non già quello della deferita eredità, poichè nella successione intestata non può esservi testamento. Ma se il testatore abbia fatto testamento, e questo diventa irrito, perchè l' erede istituito non voglia adire l'eredità, allora si riguarda il tempo del testamento irrito, cioè basta, che sia erede suo in quel momento, che costa esser il padre morto intestato, *l.* 1. §. *sciendum* 8. *d. de suis, & leg.* Fin quì de' suoi.

Tribóniano dice, che gli emancipati, per legge delle dodeci tavole, nè sono suoi eredi, nè agnati, e perciò per ragion civile niente di diritto hanno gli emancipati. Ma il pretore, il quale riguarda il jus del sangue, rescissa la deminuzione del capo, agli emanci-

cipati, o siano soli, o concorrano con i suoi, dà la possessione de' beni, *unde liberi*, come se fossero stati in potestà nel tempo della morte, *l. sed quum 6. §. 1. d. de bonorum possessionibus*, & *l. liberi 4. d. si tab. test. null.*

Ma se gli emancipati si sono fatti arrogare, nè per diritto civile, nè per jus pretorio possono succedere al padre naturale. Non per jus pretorio, perchè succedono al padre arrogatore. Non per diritto civile, perchè non sono nè agnati, nè suoi. Che se di nuovo si emancipano dal padre adottivo, allora è da vedersi, se li emancipa, vivo il padre naturale, o morto; se vivo il padre naturale, il pretore li soccorre: se morto il padre naturale, non ottengono il grado de' figli. E perciò dice bene Triboniano, che gli adottivi hanno meno jus de' figli naturali. Questi sebbene per l'emancipazione perdano il grado de' figli per diritto civile, per l'editto del pretore però si chiamano alla possessione de' beni: ma quelli per l'emancipazione del padre adottivo perdono il nome di figlio, e qualunque diritto avevano nella famiglia del padre adottivo, dice Triboniano §. 11. *Inst. h. tit. liberorum nomen*, & *quidquid juris in adoptivi patris familia habuerunt, amittunt*, nè per l' editto del pretore si soccorrono. I figli però emancipati dal padre arrogatore, dopo la morte del padre naturale, ammessi sono per quella parte dell' editto, per la

qua-

quale chiama i cognati; *adoptivi enim filii omnia cognationis jura in patris naturalis familia retinent.*, *l.* 1. §. *cognationem* 4. *d. unde cognati*: ed allora si ammettono, quando non vi sono suoi eredi, nè figli emancipati, nè alcuno agnato.

Ma però intorno alla successione de' figli adottivi vi è la nuova costituzione di Giustiniano. Per diritto antico così coloro, che erano *sui juris*, e si facevano arrogare, come i figli di famiglia, i quali si davano in adozione dal padre loro, passavano nella famiglia del padre adottivo, ed ogni diritto perdevano in quella del padre naturale, dal che avveniva, ch' essendo costoro emancipati, dal padre così adottivo, come arrogatore dopo la morte del padre naturale, non venivano invitati alla successione nè del padre naturale, nè dell' arrogatore. Per riparare in parte a cotesto danno, Giustiniano colla sua costituzione qualche cosa derogò al diritto antico intorno a' figli dati in adozione, ed ordinò, che se il figlio di famiglia dal padre naturale si dava in adozione ad un estraneo, il figlio non passava nella famiglia del padre estraneo, ma conservava i suoi diritti in quella del padre naturale, e non aveva alcun diritto nella famiglia dell' adottivo, ma soltanto poteva succederli *ab intestato*.

Resta ora a parlare de' discendenti dalle femmi-

mine. Dice Triboniano, *vetustati placuisse*, che i soli nipoti, o nipote da' maschi, come suoi eredi, alla successione dell'avo succedono, esclusi gli agnati; le nipote poi, ed i nipoti, *& sic deinceps ex femminis*, come cognati, *tam avo, vel proavo materno, quam aviæ vel proaviæ sive paternæ, sive maternæ, post adgnatos succederent*. E certamente la legge delle dodeci tavole chiama i suoi solamente alla successione intestata, e tali non sono i nipoti, o nipote nati dalla figlia: ma il pretore i nati dalle femmine ammette, come cognati, dopo la linea degli agnati. Dunque Triboniano *nomine vetustatis* riguardò alla legge delle dodeci tavole, ed al diritto pretorio. I divi Prencipi poi Valentiano, Teodosio, ed Arcadio, *prognatis ex femmina jus suorum concessere*, colla particolarità, *ut minus tertia parte acciperent, quam mater eorum, vel avia fuerat acceptura*, come muore intestato l'avo materno, superstite un figlio, o della figlia premorta un nipote. Il figlio prenderà il besse dell'eredità, il nipote il triente, *h. e. tertia parte minus, quam mater fuerat acceptura*; sarebbe alla madre toccato il semisse. Venne finalmente la costituzione di Giustiniano nella *l. ult. C. de suis, & legit. lib.* colla quale si stabilì, *quousque descendentes extabunt, quamvis ex femmina, adgnatos omnino excludant*.

TIT.

TIT. II.

Della legittima successione degli agnati.

IN secondo ordine sono gli agnati, a' quali in mancanza de' suoi eredi, ed in mancanza di tutti coloro, a' quali le leggi delle dodeci tavole, il pretore, e le costituzioni diedero i diritti de' suoi eredi, nè si spera il futuro, come se la moglie del defonto non sia incinta, ed il figlio del defonto non sia in mano de' nemici, *l. inter adgnatos* 1. §. *quamdiu d. unde legit.*, si deferisce per legge l' eredità. Gli agnati, *sunt cognati per sexus virilis personas cognatione conjuncti, quasi a patre connati*: per la quale definizione si comprendono ancora i suoi, *filius patri adgnatus proximus est*, dice Pomponio, *l. filius* 12. *d. de suis*, & *legit.* In questo luogo però gli agnati sono coloro, che *ex latere per virilem sexum conjunguntur*, come i fratelli dello stesso padre, benchè non della stessa madre, i quali si chiamano consanguinei: il patruo, ed il figlio del fratello: i figli patrueli, cioè nati da due fratelli, e tutti gli altri quindi nati *in infinitum*. E secondo quelle cose, che detto abbiamo, agnati sono coloro ancora, che nascono dopo la morte del padre, purchè siano conceputi vivente colui; e non solamente i naturali, ma gli adottivi ancora, e Triboniano dice, §. 2. *Inst. h. t.*, *si quis ex ceteris adgna-*

tis

tis tuis, *veluti frater*, *aut patruus*, *aut denique is*, *qui longiore gradu est*, *adoptaverit aliquem*, *adgnatus inter suos heredes esse non dubitatur*.

E questi tutti senza alcuna differenza di sesso ammette la legge delle dodeci tavole. Le femmine, se sono sorelle, si ammettono *jure consanguinitatis*, oltre il grado de' consanguinei sono escluse dalla legittima successione: e questo nuovo diritto è chiamato da Triboniano *media jurisprudentia*; cioè, le leggi promulgate dopo le leggi delle dodeci tavole, intende Triboniano, e propiamente è tutto quel tempo, che corse dopo le leggi delle dodeci tavole, dalla interpretazione de' prudenti fino alla costituzione di Giustiniano, il quale il primo fu a toglierla, e richiamò in uso il jus decemvirale. Giustiniano dunque nella sua costituzione volle, che tutte le persone legittime, cioè discendenti per sesso virile, o mascoli, o femmine, si ammettessero secondo il grado *ab intestato* alla legittima successione; e trasferì un sol grado dal jus de' cognati nella legittima successione, cioè nell'agnazione: così morto colui, ch' è patruo a' figli del suo fratello, avuncolo poi a' figli della sua sorella, o germana, o consanguinea, o uterina, questi tutti dall'uno, e dall'altro lato chiamò, quasi tutti si congiungessero per sesso virile al patruo, ed all'avuncolo intestato, se però non vi siano i fratelli, e sorelle del defonto, *hereditate enim non in*

stir-

stirpes, sed in capita dividenda. Si deve l'eredità dividere in tante porzioni, quanti sono gli eredi: come se io ho due fratelli, i quali lasciano superstiti due figli, cioè il primo uno, il secondo due: in questo caso la mia eredità si divide in tre parti, delle quali ciascuno separatamente prenderà la sua quota, *l. 1. §. 2. d. de suis, & legit.* poichè siccome tutti sono tra loro uguali nel grado, così sono alla eredità chiamati per propria persona, non già per diritto di rappresentanza, o di successione alla legittima eredità: Ma quando questi concorrono con i patrui, o avuncoli all' eredità dell' avo, allora l' eredità si divide *in stirpes, non in capita*.

E perchè la legge delle dodeci tavole dice, *adgnatus proximus familiam habeto*, *l. pronuntiatio 195. §. 1. d. de verb. signif.* agli agnati, *servata gradus prærogativa*, si deferisce l'eredità: cosicchè il più prossimo esclude il remoziore, e se sono più dello stesso grado, tutti succedonó *in capita*. Nella prossimità si riguarda il tempo della deferita eredità; Ma Giustiniano distingue due cose, o il testatore muore senza testamento, o con testamento, che diventa o nullo, o irrito, o destituto; nel primo caso, si dice prossimo colui, che tale è nella morte del padre di famiglia, perchè il tempo della deferita eredità concorre col tempo della morte; nel secondo caso, prossimo è

co-

colui, che rattrovasi della famiglia, quando producesi il testamento, poichè morto il testatore con testamento, l'intestata eredità allora si deferisce, quando costa non esservi erede testamentario, *l. 2. §. 5. e 6. d. de suis, & legit.*

Per diritto antico nella intestata eredità non si dava luogo alla legittima successione nel grado ulteriore, come se l'erede prossimo ricusava, o prevenuto dalla morte non adiva l'eredità, a questa per legge non erano chiamati gli agnati remoziori, come per esempio morto un fratello senza prima adire l'eredità, il figlio dell'altro fratello non poteva succedere, come dice Ulpiano *l. 2. d. de suis, & legit. Si sint consanguinei, licet non adierint hereditatem, leggitimis*, cioè agli agnati remoziori, *non deferri*; e la ragione, perchè la legge delle dodeci tavole chiama all'eredità il prossimo agnato, e se questo manca senza vantaggiare del ministero della legge, allora il grado inferiore, cui la stessa legge non deferisce l'eredità, non può essere ammesso, ed il fisco succede all'eredità; Giustiniano poi colla sua costituzione ammise alla successione i legittimi eredi ad esempio de' cognati.

Che se nello stesso grado esistono più agnati, de' quali alcuni o prevenuti dalla morte, o da legittimo impedimento detenuti, la intestata eredità non hanno adita, allora le por-

zio-

zioni mancanti si accrescono a coloro, che si sono dichiarati eredi. Se la stessa eredità dall' erede è stata adita, e questo dopo l'adizione muore, allora la sua porzione per il jus *accrescendi* si accresce al suo erede, che succede *ab intestato*, come dimostra Duareno *l.2.d.de jur.accres. l. 9. d. de suis, & legit.* poichè il jus *accrescendi* riguarda il tempo. Nell' ordine de' cognati il pretore ammette questi alla successione secondo la prerogativa del grado, come per esempio, Tizio muore intestato, e lascia a se superstiti un figlio del fratello, un figlio della sorella, ed un nipote dell' altro fratello: Se il figlio del fratello ricusa l' eredità, allora il nipote dell' altro fratello non si ammette alla legittima eredità, nè come cognato alla possessione de' beni, perchè gli osta il figlio della sorella, cognato prossimiore, *ex cognatorum ordine eos vocabant*, §. 7. *Instit. h. t.* Finalmente Giustiniano, nella sua costituzione *de jure patronatus*, nella legittima eredità ammise la successione, e chiamò tutti gli agnati di ulteriore grado, in luogo di coloro, i quali non volevano adire, come agnati.

Alla legittima successione del figlio chiama Giustiniano il padre, *ad leggitimam successionem vocatur etiam parens* §. 8. *Inst. h. t.* Per l'antico diritto non costa, come abbia il padre potuto succedere *ab intestato*, poichè il figlio al padre tutto acquistava; di poi ne fu eccet-

tua-

tuato il peculio castrense, e quasi castrense; permettendosi ai figli di famiglia di poter liberamente disponere di questi beni, senza derogarsi all' antico diritto, col quale nella intestata successione del figlio occupava il padre questi beni *jure peculii*, *l. 2. e 9. d. de castr. pecul.* Ma ne' tempi posteriori per la costituzione di Leone, ed Antemio, *l. 4 C. de bon. quæ lib.*, a i beni de' figli defonti sono in primo luogo chiamati i di loro figli; in mancanza di questi i fratelli, e le sorelle, ed in terzo luogo i parenti, i quali, non *jure peculii*, ma come eredità, acquistano questi beni per diritto comune, cioè per ragione di successione, poichè se fosse per ragion di peculio, non vi sarebbe persona, che potesse al padre essere preferita. Dalla *Nov.* 118. sono i parenti chiamati nel secondo ordine alla legittima successione senza differenza di sesso, con i quali sono ammessi i germani fratelli del defonto.

Nella intestata successione del figlio emancipato viene ammesso il padre manomissore, ma non costa con qual diritto, ed in qual luogo egli succeda; perchè spetta al padre il diritto di succedere, si conosce da ciò, perchè omesso nel testamento del figlio, ha la querela d' inofficioso, *l. 1. §. ult. d. si a par. quis man.*, *l. 4. d. de inoffic.*, lochè solamente compete a coloro, che hanno il diritto di succedere *ab intestato*, e sono i suoi eredi, o gli agnati; il

padre al figlio emancipato non è, nè suo erede, nè agnato; neppure al possesso de' beni dal pretore può essere chiamato. Non come legittimo, poichè dovrebbe escludere i fratelli, e le sorelle, i quali al possesso de' beni del loro fratello emancipato non possono essere ammessi per altro diritto, che come cognati. Non viene come cognato, perchè, ai fratelli del defonto, per diritto di prossimità, dovrebbe preferirsi il padre, il quale, per la legge 2. *d. ad S. C. Tertyll.*, è escluso dai fratelli. Inoltre non può venire come cognato, perchè dovrebbe chiamarsi la madre insieme col padre, e dopo il S. C. Tertulliano, dal quale fu ammessa la madre, *ex capite unde legitimi*, preferirsi nell' ordine anche al padre, *l.* 2. §. *ult. d. und. legit.* Ma il padre, anche dopo il S. C., nel domandare il possesso de' beni, fu preferito alla madre, *l.* 10. *d. de suis, & legit.*, *l.* 2. §. *objiciuntur* 15. *d. ad Sen. Tertyll.* Resta però svanito ogni dubbio con questa interpretazione. Il padre era ammesso alla legittima eredità, *ex capite unde cognati*, e per il diritto di prossimità preferito a tutti i cognati, e come padre, anche alla madre; lochè fu espressamente riservato dal S. C. Tertulliano, e la legge 2. *d. ad S. C. Tertyll.* fu interpolata da Triboniano, ed adattata alle disposizioni posteriori, e spezialmente alla *l.* 4. *C. de bonis quæ lib.*, e *l.* 11. *C. comm. de success.*

Per

Per antica osservanza della legge, prima si faceva l' emancipazione con la vendita immaginaria, *contracta fiducia*; cioè soleva il padre naturale convenire col finto compratore, con questa fede, e legge, che egli manometteva il figlio; ed allora il padre acquistava ne' beni del figlio il diritto di padronato, *tit. si a paren. quis man.* Oggi però, tolte tutte le antiche finzioni, direttamente il padre avanti al magistrato emancipa i figli, e le figlie, i nipoti, e le nipoti, *l. ult. C. de emancip. liber.*, e, con restar fermo l' antico diritto, succede alla legittima eredità del figlio, come manomissore dello stesso. Ma per disposizione della Novella, il padre per succedere non si avvale del diritto di patronato, *arg. Nov.* 118. *cap.* 2.

TIT. III.

Del Senatoconsulto Tertulliano.

PEr legge delle dodeci tavole era la madre esclusa da qualunque intestata successione del figlio. *Lex duodecim tabularum*, dice Triboniano, *ne inter matrem quidem, & filium, filiamve ultro, citroque hereditatis capiendæ jus dabat*, §. 1. *Inst. h. t.* Ed in vero la madre non era agnata al figlio, nè il figlio erede suo alla madre. Ma perchè la madre, ed i figli per natura sono cognati, il pretore chiamò la

madre, ed i figli per quella parte dell'editto, per la quale si chiamavano i cognati. Dipoi l'Imperador Claudio chiamò la madre alla legittima successione de' figli, in sollievo della perdita avuta, *matri ad solatium liberorum amissorum legitimam eorum detulit hereditatem*. Finalmente si fece il S. C. Tertulliano (1), col qua-

(1) *A mitigare il rigor della legge fu introdotto il senatoconsulto Tertulliano, di cui quì giova conoscersi il tempo, ed nome. Ne' Fasti consolari, a tempo dell' Imperador Adriano, non scorgiamo consoli di questo nome, come si legge sotto Antonino Pio nell' anno di Cristo 158., nel qual tempo furono consoli, Sacerdote, e Tertullo, a di cui relazione fu fatto il senatoconsulto, che devesi riferire ai tempi di Antonino Pio, il quale, per diritto di adozione, assunse il nome di Adriano, come dimostrano Cujacio, e Conzio; non già sotto l' Imperador Adriano, come giudicarono alcuni, ingannati da queste parole di Giustiniano:* Postea autem senatusconsulto Tertylliano, quod Divi Hadriani temporibus factum est. *Da alcuni poi si congettura, che questo nome fosse di console sostituito, della cui memoria niente rapportasi ne' Fasti consolari. Nel corpo del diritto Romano*, l. 29. §. 5. d. ad leg. Jul. de adult. *vengono lodati Tertullo, e Massimo consoli, e di questi non si fa menzione ne' Fasti consolari,* nè

quale si ordinò, che, se la madre ingenua avesse tre figli, e se libertina quattro, si ammettesse

 ai be-

nè si sa l'anno. Possiamo però con certezza determinare, che il S. C. Tertulliano fu pubblicato prima del S. C. Orfiziano, mentre si volle in Roma prima badare alla successione delle madri nei beni de' figli intestati, poi a quelle de' figli nei beni delle madri, e la ragione di tal stabilimento fu, come dimostra Antonio Scultingio, perchè la madre col testamento può secondare i suoi divoti affetti verso il figlio, lochè vien proibito al figlio di fare col testamento, verso la madre, per l'età.

Nasce quì l'altro dubbio, se questo S. C. debba giustamente dirsi Tertilliano, o Tertulliano. Di questo nome abbiamo Tertulliano celebre scrittore Ecclesiastico, che visse ai tempi di Severo, ed Antonino, e fu peritissimo del diritto Romano, come riferisce Eusebio, lib. 2. cap. 2., *nella sua storia Ecclesiastica, chiamandolo* legum Romanarum peritissimum. *Nella legge* 30. d. de acquirend. vel omittend. hered. *Ulpiano rapporta Tertulliano celebre giureconsulto, il quale da Errico Valesio è ascritto nel catalogo degli autori del diritto Romano, avendo composto otto libri di questioni, ed uno intorno al peculio, nè può mai credersi, e supporsi, che questo giureconsulto fosse stato console, ed autore di questo*

Se-

ai beni de' figli intestati, e figlie, *licet in potestate parentis esset, ut scilicet, cum alieno juri sub-*

Senatoconsulto, dunque dobbiamo credere, che altro ne fosse l'autore, destinato console a tempo di Antonino Pio. Nelle pandette Pisane questo senatoconsulto falsamente è scritto Tertyllianum, *poichè la voce latina è* Tertullus; *e da Giulio Capitolino nella vita di Marco Antonino viene fatta l'etimologia di questo nome:* Crimini ei datum est, quod adulteros uxoris promoverit, Tertullum, & Utilium, & Orphitum, & Moderatum ad varios honores: quum Tertullum etiam prandentem cum uxore deprehenderit. De quo mimus in scena, præsente Antonino, dixit. Quum stupidus nomen adulteri quæreret, & ille diceret ter, TULLUS; & adhuc stupidus quæreret; respondit ille, JAM DIXI TER: TULLUS dicitur, *poichè Faustina Augusta fu donna troppo lasciva, e lasciò di se un nome obbrobrioso, scialacquando la sua pudicizia colla feccia de' barcajuoli in Gaeta, e Commodo nacque di avolterio, perchè suoi drudi erano Tertullo, Utilio, Orfito, e Moderato, i quali furono promossi alle cariche, ed al consolato, lochè fu anche proverbiato dalla gente, e messo in canzone ne' teatri. Ma da' tipografici è stato per errore scritto, in vece di* Tertullianum, Tertyllianum, *come osserva Salmasio. Il nome Tertulliano è lo stesso*

che

subjecta est, jussu ejus adiret, l. sive 2. d. ad S.C. Tertyl. E solamente la madre, la quale aveva *jus liberorum* o dalla natura, o dal Principe, non già l'ava. Or tra' nati non si novera chi nasce morto, e chi nasce avanti tempo; ed i mostruosi, e gli aborti. Era però la madre esclusa da' figli del defonto di qualunque grado, o siano suoi, o in luogo de' suoi, ancora gli adottivi, ed i nati dal figlio adottivo. Lo stesso diritto anno i figli adottivi emancipati, *si ex liberis naturalibus fuerint, ut puta, nepos naturalis ab avo adoptatus, nam licet sit emancipatus, bonorum possessione accepta, matri obstabit.* Che se sia defonta la sua figlia, i figli di quelli ostano all'ava *ex constitutionibus, l. si mater* 11. *C. de suis, & legit.* Ma il padre del figlio, e della figlia intestata è poziore alla madre, e non già l'avo, o il proavo. Se poi colla madre concorrono i fratelli consanguinei, questi, ed i figli, e le figlie escludono la madre: Se poi le sorelle consanguinee sole concorrono colla madre, queste colla madre alla successione si ammettono: Se le sorelle, e fratelli consanguinei,

 que-

che Tertilliano. Falsamente poi alcuni stimano, che Tertulliano si riferisce al giureconsulto; e Tertilliano al console. Nelle stesse pandette, l. 9. d. de captiv. & postlim. reversis, *trovasi giustamente scritto* Ovinius Tertullus,

questi parimente succedono, *exclusa matre liberis onerata* (1). Del resto giacchè Triboniano oppone alla madre i soli consanguinei, è probabile, che la madre, agli altri *ex latere* o agnati o cognati, sia poziore. Ma quì da Giustiniano si fa menzione de' soli consanguinei, perciò è da credersi, che gli uterini siano esclusi dal S. C., i quali furono poi ammessi colla madre per la *Nov.* 118.

Ma per costituzione di Giustiniano nella *l.* 2. *C. de jur. liberorum*, fu tolta la necessità de' figli, e fu ammessa la madre alla successione, *&* *plenum jus legitimum matribus datum est* (2).

Al-

(1) *Cujacio, nelle note ad Ulpiano nel* tit. ult., pro onerata *legge* honorata, *poichè recano i figli peso alla madre, ed in rapporto al S. C. Tertulliano questi portano utile, non già carico. Teofilo approva la lezione di Cujacio, e Cicerone nelle questioni Tuscolane dice*, Metellus ille honoratur quatuor. filiis.

(2) *Ben si ravvisa lo spirito del pubblico vantaggio, nell' ammettere le madri alle intestate successioni de' figli; anzi di pietà, e giustizia ripieno si conosce questo senatoconsulto, se di leggieri prestiamo attenzione alla naturale affezione, ai dolori del parto, al pericolo, ed alla morte alle madri avvenuta nello stesso parto, lochè richiedeva le giuste determinazioni del senato a*

prò

Alle volte accade, che la madre si esclude, come indegna, se non abbia domandato il tutore idoneo al figlio, e questo rigettato o scusato, non abbia subito recitata i nomi degli altri, *si vel non petierit tutores idoneos filiis suis, vel prioribus excusatis, rejectisve, non confestim aliorum nomina ediderit*, *l.* 2. §. *si mater* 23. *d. h. t.* Che se poi il figlio, a cui dalla madre non fu cercato il tutore, muore pubere, *certum esse*, scrive Costantino, *non repelli matrem, quod lex, filii jam puberis dissimulatione, remissam ei injuriam præsumat*, *l.* 3. *C. ad S. C. Tert.*

Fi-

prò delle madri, nelle quali riguardò la generazione, ed educazione de' figli per l' accrescimento della città, a cui utilità fu stabilita la legge Papia Poppea, la quale non solo puniva i celibi, ma anche i vedovati. Ricercava finalmente la pubblica necessità di allettare le madri, con invitarle a queste successioni, per sfuggire la loro inumana crudeltà nell' esposizioni de' figliuoli, e negli affaticati aborti, come ci attesta Giovenale, sat. 6.

> Sed jacet aurato vix ulla puerpera lecto.
> Tantum artes hujus, tantum medicamina possunt,
> Quæ steriles facit, atque homines in ventre necandos
> Conducit.

Finalmente dice Triboniano, che niente importa, se i figli siano giusti, o *vulgo quæsiti*, e l'eredità de' spurj *jure proximitatis*, *seu cognationis*, *quæ a matre est*, alla madre stessa appartiene, perchè la persona della madre, e del figlio è certa, e naturalmente si descrivano.

TIT. IV.

Del Senatoconsulto Orfiziano.

LA legge delle dodeci tavole esclude i figli dalle intestate successioni delle madri, perchè quelli non sono alle stesse eredi suoi. *Ad liberos matris intestatæ hereditates ex legibus duodecim tabularum non pertinebant*, *quia feminæ suos heredes non habent*, Ulpiano ne' suoi frammenti 26. 7.; anzi nemmeno la possessione de' beni, *unde liberi*, si dava, poichè questa ai suoi, ed a chi per l' emancipazione non era più suo, si concedeva. Poi per lo S.C. Orfiziano (1) le legittime eredità delle madri

(1) *Nell'anno di Cristo* 178. *sotto l'impero di Marco Aurelio*, *e Commodo*, *essendo consoli Rufo*, *ed Orfito* (*come ci attesta il consenso de' Fasti*) *da cui prese il nome il senatoconsulto* Orfiziano, *chiamando i figliuoli dell' uno*, *e dell' altro sesso ben-*

dri inteſtate ſi deferiſcono ai figli, benchè ſiano nella poteſtà aliena, eſcluſi i conſanguinei, e gli altri agnati. Ai ſoli figli di primo grado deferito avea l'eredità il S. C.; per coſtituzione poi di Valentiniano, Teodoſio, ed Arcadio, i nipoti, e le nipoti furono ancora ammeſſe, colla deminuzione della terza parte, §. 15. *Inſt. de hered.*, *quæ ab inteſt.* E giacchè per lo S.C. Tertulliano la madre ſuccede ai figli ſpurj, così per l'Orfiziano i figli *vulgo quæſiti* o ſoli, o coi giuſti figli, ſuccedono alla madre, purchè non ſia illuſtre, a cui ſuccedono, ſe ſono ſoli: Per i figli naturali nel S.C. Orfiziano, la porzione di colui, che non vuole adire l'eredità, ſi accreſce a coloro, che adiſcono.

TIT.

benchè paſſati per adozione in altre famiglie, alla ſucceſſione delle loro madri morte ab inteſtato. In queſto ſteſſo anno abbiamo l'orazione di Antonino, e Commodo recitata nel ſenato, come ci aſſicura Capitolino nella vita di Antonino, CXI. Marcus Antoninus etiam leges addidit de viceſima hereditatum, de tutelis liberorum, de bonis maternis, & item de filiorum ſucceſſionibus pro parte materna. *Dalle parlate, e dalle lettere degl'Imperadori fatte nel ſenato abbiamo varj ſenatoconſulti; come anche ſi cita la lettera di Adriano.*

TIT. V.

Della Successione de' Cognati.

IN mancanza de' suoi, degli agnati, e di coloro, che per le nuove leggi sono in luogo de' suoi, e degli agnati, chiama il pretore i prossimi cognati, §. 1. *Inst. h. t.*, *proximos cognatos prætor vocat:* onde la possessione *unde cognati*, per mera indulgenza del pretore, si concede. I cognati propiamente sono coloro, che per parte di donna lateralmente sono a noi congiunti; *qui per feminini sexus personas ex tranverso cognatione junguntur*, §. 2. *Inst. h. t.*, cioè sono a'noi congiunti per mezzo delle donne nella linea laterale, poichè gli agnati vengono dal padre, *l.* 2. *e* 4. *d. unde cognati*. E questi chiama il pretore *nomine proximitatis*, la quale sola si attende ne' cognati. Nel diritto de' cognati vengono gli agnati, i quali han patito la minima deminuzione del capo; non già la massima, e la media: tali sono gli emancipati, e gli adottati. Or coteſti atti se si fanno dal padre non estraneo, per costituzione di Giustiniano, tolgono il jus dell' agnazione, la quale è tutta del jus civile, non già il jus di cognazione, la quale dipende dalla natura. I fratelli poi emancipati ai fratelli *integri juris*, da Giustiniano, nella lateral successione, sono stati uguagliati. *I vulgo quæsiti*, cioè i spu-

i ſpurj non hanno alcun jus di agnazione, perchè non hanno certo padre, e tra di loro nemmeno ſono conſanguinei. Dunque al dir di Cujacio, *eos inter ſe cognatos eſſe, ſicut & il os, qui conjunguntur per matrem*.

I figli nati dalla concubina, quantunque poſſono dimoſtrare il loro padre, non hanno però nella famiglia del padre i diritti dell'agnazione, poichè queſti vagliono ſolamente per i nati da legittimo matrimonio, e tutti gli altri ſieguono la madre, *l. 19. cum legitimæ nuptiæ, l. vulgo 23.*, e *l. 24. lex d. de ſtat. hom.* Dunque i ſpurj non ſono tra loro nè agnati, nè cognati, perchè la conſanguinità è una ſpecie di agnazione, ed agnati ſono i congiunti per parte maſchile: conſanguinei ſono i ſoli fratelli, e ſorelle nate dallo ſteſſo padre. Sicchè i ſpurj ſono eſcluſi dall'eredità, tanto per ragione di agnazione, che per ragione di conſanguinità, *l. 4. d. und. cognat.*; e da queſta dimoſtrazione ſi comprende, che la conſanguinità non è ordine nella ſucceſſione, ma bensì grado nell'ordine degli agnati.

Tutti i figli nati fuori di legittimo matrimonio ſono cognati alla madre, ed al parentado materno, non già al padre, ed al paterno ſangue: conſervano però queſti ſolamente la naturale cognazione, la quale non ha luogo nelle cauſe delle ſucceſſioni.

I fratelli naturali, i ſpurj nati da diverſe

madri, ma generati dallo ſteſſo padre, non ſuccedono tra loro, nè a legittimi figli de'genitori, nè alle perſone congiunte al padre. Ma i fratelli illegittimi o nati dalla concubina, o ſpurj, ma generati dalla ſteſſa madre, e diverſi padri ſuccedono tra loro per diritto di cognazione, ed ai collaterali per parte materna, *l. 1. d. unde cognati*. Finalmente da qualunque ſucceſſione o teſtamentaria, o ab inteſtato ſono eſcluſi i figli nati da inceſtuoſo coito, e da vietata congiunzione, nè hanno i diritti di cognazione, nè di conſanguinità, anzi non meritano neppure il nome di figlio.

A tutti queſti promette il pretore la poſſeſſione de' beni *unde cognati* fino al ſeſto grado, e fino al ſettimo, ſe foſſero nati dal cugino, o cugina, a differenza degli agnati, che ſono chiamati *in infinitum*.

Per l'impegno di propagare la famiglia avvenne, che la ſucceſſione degli agnati foſſe più eſteſa di quella de'cognati. Dice Giuſtiniano, *Inſt.* §. 5. *h. t. Proximitatis vero nomine iis ſolis prætor promittit bonorum poſſeſſionem, qui uſque ad ſextum gradum cognationis ſunt*. Fino al ſeſto grado incluſivo ſono dal pretore chiamati i cognati; ma la ragione di tal ſtabilimento è malagevole a determinarſi. Il giureconſulto Paolo, 4. *ſent.* 11., dice, perchè nel ſeſto grado mancano i nomi della cognazione, coi quali ſpezialmente le perſone ſi deſcrivono. Otomano poi

pre-

pretende, perchè la vita umana troppo breve non si distende oltre il sesto grado, ma l'errore è grave, mentre quì trattasi della successione de' collaterali, che di là del sesto grado esistono, non già degli ascendenti, e discendenti. Per la *nov.* 118. è stata tolta da Giustiniano la differenza dell' agnazione, e cognazione, e per conseguenza i termini della successione, *cit. nov. cap.* 3.

TIT. VI.

De' Gradi de' Cognati.

GIacchè nel prendere l'eredità *ab intestato*, la linea è poziore alla linea, el grado al grado; delle linee, e de' gradi le differenze è necessario conoscere. *Linea est graduum series; cognatio est nexus linearum*. La linea o è retta, o è transversale. Nella retta vi sono gli ascendenti, e discendenti. Nella transversale vi sono i cognati *ex latere*, o coloro, che distano ugualmente da comuni parenti, come i fratelli, e le sorelle, e si chiama transversale uguale: o coloro, de' quali uno è più remoziore dell' altro, cioè il figlio del fratello, el patruo, e dicesi inuguale. I gradi di ciascuna linea con questa sola regola conoscer si possono, *generata persona gradum adjicit*: o questa, *tot sunt gradus, quot generationes*, cioè quan-

quante sono le generazioni, tanti gradi si numerano, §. 7. *Inst. h. tit.*

Nella linea retta superiore sono il padre, e la madre nel primo grado: nel secondo l'avo, e l'ava: nel terzo il bisavolo, e la bisavola: nel quarto l'arcavolo, e l'arcavola: nel quinto il bisarcavolo, e la bisarcavola: nel sesto il quintavolo, e la quintavola; nel settimo, ed ulteriori gradi mancano i propj nomi, e sono compresi nel generale vocabolo di *Maggiori*, *l.* 10. §. 7. *d. de grad.*, & *adfin.* Nella linea inferiore sono compresi nel primo grado i figli, e le figlie: nel secondo i nipoti, e le nipoti: nel terzo i pronipoti, e le pronipoti: nel quarto i terzi nipoti, e terze nipoti: nel quinto i quarti nipoti, e quarte nipoti: nel sesto i figli, e le figlie del pronipote, e gli altri discendenti remoziori chiamansi *Posteri*, *cit. l.* 10.

Nella linea laterale nel secondo grado sono i fratelli, e le sorelle: nel terzo i figli, e figlie de' fratelli, e sorelle, il patruo, la zia o sia l'amita, l'avuncolo, e la sorella della madre: nel quarto sono i nipoti, e le nipoti de' fratelli, e sorelle; i fratelli, e sorelle cugine; i consobrini, e consobrine; i figliuoli di fratello, e sorella; il fratello dell'avolo, e sorella dell' avolo; il fratello della zia, e la zia della sorella della madre: nel quinto sono i pronipoti e le pronipoti del fratello e sorella, del fratello e so-

sorella cugina; i figliuoli di fratello, e sorella; e figli e figlie de' consobrini e consobrine, ec.: nel sesto sono i terzi nipoti, e terze nipoti de' fratelli, e sorelle: i nipoti, e le nipoti del fratello o sorella cugina, de' cugini germani, e consobrini, e negl' altri gradi mancano i nomi. Finalmente non stimo quì opportuno descrivere l'arbore della cognazione, potendosi osservare nelle Pandette.

Nella Greca parafrasi, e diversi scritti a penna non abbiamo in questo argomento titolo separato, ma congiunto all' antecedente si scorge, come di presente pratticamo, perciò a bella posta omettiamo varie notizie, che niente o poco giovano allo stato presente. Se qualche libertino moriva intestato senza suo erede, *proximus ei adgnatus erat patronus* per legge delle dodeci tavole, ed i figli nati in tempo della servitù, tuttochè per natura cognati, e poi manomessi, non erano nè per diritto civile agnati, nè per jus pretorio cognati. Ma Giustiniano nella costituzione *de jure patronatus*, ordinò, *liberum*, *vel liberos cujuscumque sexus ex servili consortio natos*, *tum manumissos*, *patribus*, *matribusque libertinis succedere*, ed i figli nati prima della libertà, ugualmente co' figli nati *ex justis nuptiis*, succedevano.

TIT. VII.

Della Succeſſione de' Liberti.

ANticamente era permeſſo al liberto, per legge delle dodeci tavole, di preterire nel teſtamento il padrone, ed in un ſolo caſo queſti venivano all' eredità del liberto, ſe foſſe morto inteſtato, e ſenza ſuo erede o naturale, o adottivo. Venne il pretore, ed ordinò, che ſe faceva il liberto teſtamento, doveva laſciare la metà de' beni al padrone; ſe non aveſſe ſcritti eredi i figli o ſuoi, o emancipati, i quali anche *ab inteſtato* eſcludevano il Padrone. Gli diredati non oſtavano al padrone. Che ſe ſcritto l' erede eſtraneo, o nulla, o meno della metà laſciava al padrone, ſe li dava il poſſeſſo della metà de' beni *contra tabulas teſtamenti*. Se poi moriva inteſtato, laſciato ſuo erede il figlio adottivo, ſe li dava ancora il poſſeſſo della parte de' beni: oſtavano però al padrone i figli naturali o ſuoi, o emancipati. Venne poi la legge Papia, ed ordinò, *ut ex bonis ejus qui ſeſtertium centum millium patrimonium* (1) *reli-*

(1) *Nell' anno 761. della fondazione di Roma i conſoli ſoſtituiti M. Papio Mutilo, e Q. Poppeo Secondo emanarono queſta legge, circa la ſucceſſione de' liberti. Da Giacomo Gotofredo con diverſi com-*

reliquerat, *&* *pauciores*, *quam tres liberos habebat*, *sive is testamento facto*, *sive intestatus*

 mor-

commentarj fu illustrata questa legge, *che solamente risguardò i più ricchi liberti*, *restando salvi i diritti del padronato ne' liberti poveri*. *Si giudicavano ricchi quei liberti*, *che possedevano il patrimonio di cento mila sesterzj*, *quindi spesse fiate per liberto centenario s' intende colui*, *che tal fondo possiede*, l. liberto 26. d, de bon. libert. „ l. si libertus 16. d. de jur. patron. *Solevano gli antichi alcune volte dire centomila sesterzj*; *altre fiate cento sesterzj*, *o cento semplicemente*, *come nella citata legge* 26. *Africano disse*, liberto octoginta habenti, *Il sesterzio*, sestertius, *era d' argento*, *e valeva due assi e mezzo*, *così chiamavasi da* semistertius, *cioè il terzo e una mezza libra*: *si scriveva questa moneta con tre lettere*, *due* LL *indicavano due libre*, *ed* S *significava mezza libra*, *e si disse* semistertius. *Questo modo di scrivere*, *come c'insegna Erodoto*, *fu appreso da' Greci*. *S' ingannano coloro*, *che fanno derivare la voce* sestertius *da* sesquitertius, *che significa tre e mezzo*, *onde è falsa questa etimologia di* Sestertius; *questi è sovente chiamato* nummis, *o* nummus. *Quattro sesterzj componevano un denaro Romano*. Denarius, *che conteneva dieci assi*, *era d' argento*, *ed è del peso medesimo*, *che la dramma*. *Sotto la*

dit-

mortuus erat, *virilis pars patrono deberetur*? Dunque se vi era uno erede, il padrone aveva la parte dimidia: se due gli eredi erano, la terza parte; se tre, era escluso dalla successione. Finalmente la costituzione di Giustiniano vol-

dittatura di Q. Fabio Massimo, *come ci attesta Plinio*, *ascese il valore di questa moneta a sedici assi*, *ed il quinario*, *detto* Victoriatus, *che è la metà di un denaro*, *ascese al valore di otto assi*.

Mille sesterzj, *o* 250. *denari d' argento*, *sono lo stesso*, *che un sesterzio grande*, *detto* sestertium *in genere neutro*.

Ciochè chiamavasi aureus, *conteneva una moneta d' oro nel peso di sette scrupoli*, *e un quinto di peso*, *in guisa che quaranta se ne ricercavano*, *per fare una libra d' oro*, *valeva venticinque danari d' argento*, *e cento sesterzj*, *come si prova da Ulpiano*, l. 1. §. 10. d. de extraord. cognit., *ove dice*, *che il palmario di un Avvocato per ciascuna causa*, *poteva giungere sino* ad centum aureos, *a cento di queste monete d' oro*, *locchè fu espresso da Tacito con dieci grandi sesterzj*, *o siano centomila sesterzj ordinarj*, *dal che agevolmente si comprende*, *che ciascuna di queste monete d' oro conteneva cento sesterzj ordinarj*. *Era dunque ricco quel liberto*, *che possedeva il patrimonio di centomila sesterzj*.

volle, che se il liberto o liberta, avessero meno di cento ducati, non si dava luogo al padrone nella successione. Se poi avevano più di cento ducati, e scrivessero erede un estraneo, si dava al padrone la terza parte, lochè se non si faceva, se li dava il possesso di quella. Se poi i liberti avevano figli di qualunque sesso, e grado, *nihil juris est patrono*; se però quelli nel testameato del padre nominatamente non si diredassero. Ma ciò, che detto abbiamo, si deve intendere de' liberti cittadini Romani. Ma poichè, dopo la costituzione di Giustiniano, tutti i libertini furono fatti cittadini Romani, a tutti si appartiene cotesto titolo.

T I T. VIII.

Dell' Assegnazione de' Liberti.

CIochè ho detto, che morto il padrone, i figli con porzioni uguali succedevano al liberto, non è perpetuo. Ed in vero, se il padrone ad uno de' figli ha il liberto assegnato; in questo caso gli altri figli non hanno diritto alcuno ne' beni del liberto, e solamente nel caso, che 'l figlio, a cui è stato quel liberto assegnato, morto se ne fosse senza figli. Il solo padrone può assegnare il liberto, non già i figli, benchè sia stato loro assegnato.

TIT. IX.

Della Possessione de' beni.

IL jus del possesso de' beni è stato dal Pretore introdotto per correggere il diritto antico; e certamente emendò il jus antico, avendo promesso il possesso de'beni agli emancipati, ed a' cognati, quali ignorava la legge delle dodeci tavole. La possessione de'beni è il jus di succedere all' eredità, dal Pretore concesso a certe persone inabili per legge civile, cioè non soccorre alle persone espressamente vietate a poter succedere, affinchè direttamente non faccia contro la legge quello, che non può, *l. non est* 12. §. 1. *d. de bon. poss.*, poichè cessa la possessione de' beni, quando la legge lo vieta. Al postumo alieno per diritto civile non poteva lasciarsi l'eredità, nè il legato, per diritto onorario poi fu ammesso all' eredità, e percezione del legato. Volle questo diritto introdurre il Pretore per distendere i confini delle successioni, troppo ristretti dalle leggi delle dodeci tavole, *tit. de success. edict.*

Quando Giustiniano dice, possessione de' beni *ex testamento*, non s' intende, che questa competa in forza del testamento, ma bensì si dà contro il testamento, che si rescinde colla querela d' inofficioso, ed allora la causa testata si riduce a successione intestata *l. 6.* §. 1.,

l. cum

l. eum qui 21. §. 1. *d. de inoff. test.* Similmente rescisso il testamento colla possessione de' beni *contra tabulas*, i figli omessi per diritto pretorio succedono ab intestato, *l. liberis* 17. *C. de collat.* Dunque impropiamente da Giustiniano si dice possessione de' beni *ex testamento*, e ciò per solo fine di dimostrazione, che questa possessione non si dà, se non contro colui, che è morto col testamento. Contro il testamento del padre compete al figlio preterito la possessione de' beni, siccome compete al padre contro il testamento del figlio emancipato, *l.* 1. *si a parent. quis manumiss.* Compete ancora al padrone contro il testamento del liberto §. 1. *Inst. de success. libert.*; si dà la possessione de' beni *secundum tabulas* all' erede istituito nel testamento nuncupativo, *l.* 1. *C. de bon. poss. sec. tabb.*, quando il testatore legittimamente dichiara la sua volontà. Si dà ancora questa possessione *secundum tabulas*, se giustamente siasi fatto il testamento nuncupativo, nel quale il diritto onorario non ricerca tutte le solennità del jus civile, ma soltanto richiede la soscrizione di sette testimonj.

Ex testamento due sono le possessioni de' beni *vel secundum*, *vel contra tabulas*; *Ab intestato* poi sono otto; cioè la possessione de' beni *unde liberi*. Questa benchè fu istituita in grazia degli emancipati, si dà ancora ai suoi. *Unde legitimi*. Questa, si dà a tutti coloro, i qua-

quali o dalla legge, o dal S.C. sono chiamati alla legittima eredità, quali sono la madre pel S. C. Tertulliano, ed i figli pel S.C. Orfiziano. *Unde decem personæ*, la quale, non interposta la fiducia dal padre naturale, contro l'estraneo manumissore del figlio si dava a diece persone, cioè al padre, alla madre, all'avo, all'ava, o paterno o materno, al figlio, alla figlia, al nipote, e nipote, alla sorella, o consanguinea, o uterina. *Unde cognati*, della quale nel *tit. de succefs. cognat.* *Tanquam ex familia*: Questa si dà agli agnati del padrone, *tamquam ex familia patroni*. *Pro patronis*: Questa si dava al padrone, ed alla padrona, ai figli, ed ai parenti di essi. *Unde vir, & uxor*, per la quale la moglie esclude il fisco. Finalmente vi è la possessione de' beni *unde cognati manumissoris*, la quale si dava ai cognati del manomissore. Ma Giustiniano ritenne le due possessioni de' beni *ex testamento*, e di quelle *ab intestato* ne ritenne quattro solamente, cioè, *unde liberi*, *unde legitimi*, *unde cognati*, *& unde vir*, *& uxor*. E queste sono le possessioni de' beni ordinarie, le quali il Pretore accorda per certo diritto. Vi è però la possessione de' beni straordinaria, che 'l Pretore dà *extra ordinem*, non già per sua giurisdizione, *sed jussu legis*. Ne abbiamo noi un esempio, che Otomano ci rapporta da Ulpiano nella *l. postumus 12. d. de injust. rupt. Postumus præteritus*

vivo

vivo testatore natus decessit: licet juris scrupulositate, nimiaque subtilitate testamentum ruptum videatur, attamen si signatum fuerit testamentum, bonorum possessionem secundum tabulas accipere heres scriptus potest, remque obtinebit, ut & D. Hadrianus, & Imperator noster rescripserunt.

La straordinaria possessione de' beni dal pretore concessa a persone determinate, ed in certi casi, si divide in due specie: altra dicesi definita, come quella, che compete all' impubere per l' editto Carboniano (1), quando si nega

(1) *Coll' editto Carboniano, così chiamato dal Pretore Gn. Papirio Carbone, si diede agl' impuberi la possessione de' beni, quando la questione di stato al pupillo si promovesse, differendosi la cognizione di tal causa al tempo della pubertà: e si considera l' impubere, come erede; possiede egli i beni ereditarj, e da questi gli alimenti ne percepisce*, l. sed si is 5. §. 3. d. de Carbon. edict.; *nè per questa possessione acquista ne' beni un perpetuo diritto, o la proprietà, ma semplicemente un temporale possesso*, l. Carbonianum 3. §. puberi 3. d. de Carb. edict. *Che se la promossa questione non ha per oggetto la condizione del pupillo, ma l' eredità, senza indugio allora devesi la lite decidere: Se poi costa, che questa possessione de' beni con frode siasi domandata,* al-

nega di essere figlio, ed allora la controversia dello stato si differisce al tempo della pubertà, *l. 1. d. de Carbon. edict.*: similmente quella, che si dà alla donna incinta, *ventris nomine* (1), *tit. de*

allora il Pretore non solo non differisce la questione della condizione alla pubertà, ma ancora nega il possesso de' beni, cit. l. 3. §. 4., *dicesi domandare con frode questo possesso, quando ad evidenza costa la dissolutezza della madre del pupillo, il supposto parto, e l' avolterio*, l. 1. §. ult. d. h. t.

(1) *Il Pretore col suo editto riguardò non meno i figli nati, ma ancora quelli, che si speravano da nascere: Pel diritto onorario alla donna rimasta incinta dopo la morte del marito, si concedeva il possesso de' beni* ventris nomine, *e gli alimenti*, l. 1. d. de ventr. in possess. mitt. *si dava questo possesso anche per l' editto Carboniano, quante volte lo richiedeva la cognizione della causa*, l. 1. §. si ea, quæ 14. 15. d. h. t., *compete la possessione de' beni a chi giace nell' utero materno, se sperasi di essere tra viventi, poichè il Pretore riputa nato colui, ch' è nell' utero*, l. ubicumque 7., l. ult. d. h. t. *Questa possessione de' beni al ventre concessa non induce proprietà, nè è perpetua, poichè può avvenire, che non nasca il postumo, e l' eredità deve ad altri cedere; ed è sicura la donna di possedere fino*

de ventr. in poſſ. mitt. Altre ſono indefinite, che, ſecondo le circoſtanze de' fatti, dal pretore ſi determinano, come ſe, non ancora nato il poſtumo omeſſo nel teſtamento, l' erede iſtituito chiegga la poſſeſſione de' beni, *l. ventre* 84. *d. de acquirend. hered.*, *l.* 14. §. *ult. cum l. ſequent.*, *l. ſi duobus* 14. §. *ult. d. de bon. poſſ. contr. tabb.*: a ciò ancora ſi aggiunge quella poſſeſſione de' beni preparatoria della querela inofficioſa, la quale ſi concede per ordinare il giudizio, *l. 6. in fin.*, *e l. 7. d. de inoffic. teſtam.* Inoltre ſi divide la poſſeſſione de' beni in *edittale*, la quale ſi concede dal nudo editto del pretore ſenza cognizione di cauſa; ed in-

fino al parto: Che ſe poi in queſto tempo conoſca, che non ſia ella incinta, deve reſtituire i beni del defonto marito. Nel tempo della poſſeſſione ſi dà al ventre pregnante il curatore, perchè queſti ſomminiſtri gli alimenti alla donna, o che abbia, o non abbia ricevuta dote, quia videntur, quæ ita præſtantur, ipſi præſtari, qui in utero eſt, l. 5. h. t., *e perchè prenda penſiero de' beni, e ſoddisfa i creditori. Con eſatta diligenza ſi deviene a queſta elezione del curatore, e ſi preſcelgono o i più ſtretti parenti, o i fedeli amici del defonto, o coloro, a quali ſpettar deve la futura eredità*, l. 1. §. quotiens autem 17. & ſeqq. d. de vent. in poſſ. mitt.

in *decretale*, che si concede, precedente cognizione di causa, con decreto del pretore. Sono queste possessioni de' beni tra loro differenti, e contrarie; poichè l' edittale si oppone alla decretale, come l' ordinaria è opposta alla straordinaria, *l.* 3. §. *hæc autem* 14. *d. de Carbon. edict.*, mentre la possessione edittale può chiedersi in qualunque tempo, la decretale poi solamente, quando il pretore esercita la sua giurisdizione; e questa non s' intende deferita prima del decreto: nè indi può ripudiarsi, *l.* 1. §. *decretalis d. de success. edict.*, ma nell' edittale i tempi della delazione, e della possessione sono differenti, come nell' eredità, e perciò questo diritto di domandare la possessione de' beni si può ripudiare, *l. in plurium* 70. *d. de acquir. hered.*

Nell' editto successorio ancora milita il jus accrescendi, come se siano più, a' quali compete il possesso de' beni, e di questi, se uno ha chiesto di essere ammesso, e gli alti o hanno rifiutato, o sono stati esclusi per l' elasso del tempo, allora la porzione mancante si accresce a coloro, che hanno chiesto di essere ammessi, come in mancanza de' figli, e de' parenti sono chiamati i prossimi agnati, in mancanza degli agnati prossimi, succedono i remoziori; ed in mancanza de' remoziori i cognati, *l.* 1. §. 1. *d. de success. edict.*

Il pretore poi stabilì un certo tempo a chiedere

dere la possessione de' beni. A' figli, ed a' parenti accordò lo spazio di un anno, agli altri poi agnati, o cognati, cento giorni: Finalmente spiega Giustiniano questi giorni nel §. *6.* delle Istituzioni. *In petenda bonorum possessione dies utiles singuli considerantur:* cioè devono questi giorni, per chiedere il possesso de' beni, essere utili (1).

TIT.

(1) *Nel Romano diritto i giorni altri sono continui, altri utili. Continui diconsi quelli, che corrono da momento in momento senza interruzione: Utili poi quelli, ne' quali a ciascuno è permesso difendere le sue ragioni,* l. 1. d. de div. & temp. præscrip., *e perciò questi contro l' ignorante, o contro colui, che non può agire, non corrono. Nel chiedere la possessione de' beni si consideravano solamente i giorni utili, nè si computa il tempo dell' ignoranza, nè quello, nel quale non può il Pretore proferire quelle solenni parole* Do, Dico, Addico, l. 2. d. quis ordo in bonor. possess. *Non sempre è permesso giudicare al pretore, che in due guise amministra la sua giurisdizione, alcune fiate assiso nel tribunale, altre fiate in qualunque luogo, proferisce sentenze,* l. penult. d. de just. & jur. *Se siede nel tribunale, giudica con cognizione di causa; se in altro luogo, giudica de plano su due piedi,* l. 6. d. de accusat. *Sono tra loro contrarj nel diritto,*

co-

T I T. X.

Si ſpiega il jus noviſſimo intorno all' Eredità, che ſi deferiſcono ab inteſtato.

GIuſtiniano nella novella 118. alla ſucceſſione *ab inteſtato* chiama prima i diſcendenti, in ſecondo luogo gli aſcendenti, e finalmente i collaterali. I figli poi o ſono nati da giuſte nozze, o ſono *extra nuptias*: I figli nati da giuſte nozze, o ſono nati dallo ſteſſo, o da diverſo matrimonio: i figli nati dallo ſteſſo matrimonio, o ſono di primo, o di ulteriore grado. Ciò poſto, i figli di primo grado ſuccedono ai loro padri inteſtati, o ſiano maſchi, o femmine, o nati da maſchi, o da fem-

cognoſcere pro tribunali, & de plano. *Qualunque cognizione di cauſa, che richiede il decreto del magiſtrato, diceſi* cognoſcere pro tribunali: De plano *poi, quando dal pretore ſenza le formole giudiziarie la giuſtizia ſi amminiſtra*, l. 9. §. 1. d. de offic. proconſ. *Si concede dal pretore la poſſeſſione de' beni o con cognizione di cauſa, e diceſi decretale; o ſenza cognizione di cauſa, e chiamaſi edittale, le prime ſi danno* pro tribunali, *le ſeconde* de plano; *e perciò tutti queſti giorni, ne' quali è permeſſo al Pretore di giudicare, diconſi giorni utili.*

femmine, o siano in potestà del defonto, o *sui juris*; onde oggi non vi è più differenza tra suoi, ed emancipati. I figli poi di grado ulteriore succedono *in stirpes*. Bartolo crede, che la successione *in stirpes ultra pronepotum filios non esse*. Ma s'inganna. Ed in vero Giustiniano indefinitamente dice, *filios, aut filias, aut alios descendentes in proprii parentis locum succedere*. Triboniano poi più chiaramente dice, *pronepotes, proneptes, & alias deinceps personas*.

I figli nati da diverse nozze al comun padre succedono ugualmente, al propio poi, separamente. I beni però al comune padre dal primo matrimonio pervenuti, ai soli figli nati dal primo matrimonio spettano, *l.* 3. C. *de sec. nupt.* I figli *extra nuptias* o sono legittimi, o illegittimi: i legittimi o sono gli adottivi, o coloro, che diconsi legittimati: questi succedono coi suoi eredi, siccome si è detto nel §. 2. *Inst. de her. quæ ab intest.*: quelli se sono stati adottati dal padre estraneo, ritengono i loro diritti nella famiglia del padre naturale, e non hanno alcun jus nella famiglia del padre adottivo: se sono stati adottati dal non estraneo, a costui succedono, e non già al padre naturale. I figli illegittimi o sono noti, cioè nati dalla concubina, o spurj; o coloro, che nati sono *ex damnato coitu*. I noti succedono alla madre, ed agli ascendenti materni coi giusti figli, *l.* 2. & 8. *d. unde cognati*, & *l. pen. C. ad S. C.*

Or-

Orfit., al padre poi nel festante da dividerselo colla madre *in capita* in mancanza de' giusti figli, e della moglie: e nel caso, che questi esistono, sono d'alimentarsi *arbitrio boni viri*. *Nov.* 89. *c.* 12. §. 4., *&* *ult.* I figli spurj succedono alla madre o soli, o coi giusti figli, purchè la madre non sia illustre, a cui succedono, purchè siano soli, §. 3. *Inst. de S.C. Orfit.* I figli nati *ex damnato coitu* non possono succedere a niuno, e nemmeno possono avere gli alimenti: però i Canoni danno loro gli alimenti (1).

In-

(1) *Dalla ragion Naturale non meno, che Civile deriva ne' genitori l'obbligazione di alimentare i figli, o che siano sotto la paterna potestà, o emancipati, o giusti, o naturali*, Auth. licet C. de natur. liber. *I Dottori distendono questo jus ancora ai figli spurj; e la madre viene astretta alimentare i figli nati da vagabonda venere*, l. 5. §. 4. d. de agnoscend. & alend. lib. *L'Imperadore Giustiniano*, Nov. 89. cap. ult., & auth. ex complexu C. de incest. nupt., *esclude dalla domanda degl' alimenti i figli incestuosi, ed adulterini; e la ragione di tal stabilimento fu, per cancellare la memoria di questo sozzo misfatto, che forse sarebbe ad altri di cattivo esempio a peccare, come sottilmente dimostra Gherardo Nood nel* tit. de agnosc. & alen. lib.. *Ma*

em-

In mancanza de' figli si deferisce l'eredità agli ascendenti dell'uno, e dell'altro sesso, cosicchè il più prossimo esclude il più remoto. Ecco, che oggi il padre non osta alla madre, come prima. Dunque il padre esclude l'avò paterno, il quale è nella stessa linea, e l'avò materno, ch'è in un altra linea. A buon conto se hanno lo stesso grado, l'eredità si divide in due semissi; se poi sono di differente linea, e grado, il più prossimo esclude il remoziore. Non può mai aver luogo quella opinione di Bartolo, che i beni paterni agli ascendenti paterni, i materni agli ascendenti materni ceder dovessero; ed in vero se si dassero *paterna paternis, materna maternis*, ne verrebbe, che un parente materno remoziore al paterno prossimiore si dovrebbe preferire ne' beni

empia, e crudele questa legge ravvisasi, nel castigare i disgraziati figli ad espiare le paterne dissolutezze. Il Pontefice Celestino, 3. cap. 8. ext. de eo qui duxit in matrim., *mitigar volle il rigor del diritto civile, con obbligare gl' incestuosi padri alla prestazione degli alimenti; e questa sentenza da tutt' i Dottori è stata universalmente abbracciata nel Foro. La madre per tre anni è obbligata alimentare il figlio, ed elasso questo tempo, è tenuto il padre somministrare al figlio i viveri, le vesti, e l'abitazione.*

materni, e ad un materno proſſimiore un remoziore paterno ne' beni paterni. Se co' proſſimi aſcendenti nel grado concorrano i germani, e le germane inteſtati tutti ſuccedono *in capita*, abolite le *ll. ult. C. commun. de ſucceſ.*, & 4. *C. de bon. quæ lib.*, le quali preferivano i fratelli a' parenti, e lo ſteſſo jus, che dato aveva Giuſtiniano a' fratelli germani, diede ancora ai figli de' fratelli germani premorti, *ſi vel unus frater germanus ſuperſit*.

In mancanza dei diſcendenti, e degli aſcendenti, ſi fa luogo ai collaterali, ſenza differenza alcuna o di ſeſſo, o di agnazione, o di cognazione. Ma perchè per jus della ſteſſa novella l'agnato ſi preferiſce al cognato, e l'agnato poziore all'agnato, e perciò non può aver luogo la regola, che 'l remoziore ſia eſcluſo dal più proſſimo. L' Imperador Giuſtiniano diſtribuì in tre gradi i collaterali. In primo luogo ſono i germani, ed i figli di eſſi: in ſecondo luogo i conſanguinei, e gli uterini, ed i figli di eſſi; in terzo luogo tutti gli altri, tra' quali ſi oſſerva la regola, che 'l più proſſimo eſclude il più remoto. I figli de' fratelli germani concorrendo *cum tibis* ſuccedono *in ſtirpes*.

In mancanza de' germani, e di loro figli, ſi deferiſce l'eredità a' conſanguinei, ed uterini. Mancando coſtoro vengono tutti gli altri collaterali o dall'uno, o dall' altro lato ſecondo la prerogativa del grado, e ſe ſono più dell'

dell' isteſſo grado ſuccedono *in capita*. Il jus però della rappreſentazione *in hoc ordine non ultra fratrum filios eſt*.

Per lo ſteſſo diritto ſuccedono i collaterali legittimati, e gli adottati, mentre acquiſtano il pieno jus nella famiglia del padre arrogatore: I figli adottati quantunque abbiano lo ſteſſo padre, che hanno i figli naturali; pure non ſono congiunti tra loro col paterno ſangue. Falſamente Pancirolo, ed Otomano interpretano la legge 23. *qui d. de adoption.* con intendere il jus del ſangue, non per la conſanguinità, ma per la ſemplice cognazione naturale. Finalmente gli adottati quantunque non ſono propiamente conſanguinei, hanno però il jus della conſanguinità, e della legittima ſucceſſione al pari di coloro, che ſono nella famiglia, *l.* 1. §. *ult.* §. *de ſuis, & leg.*, *l.* 44. *d. de adopt.*, e per queſta ragione i fratelli adottivi ſi chiamano tra loro conſanguinei, *l.* 7. *ad Tertyll.* Per diſpoſizione di Giuſtiniano, *l. penult. C. de adopt.* fu ſtabilito, che 'l jus della conſanguinità, e dell' agnazione nella famiglia adottiva acquiſtano ſolamente quelli, che dalla perſona non eſtranea ſono ſtati adottati.

E veniamo alla civile ſucceſſione de' conjungi introdotta da Giuſtiniano nelle novelle 53. 74. & 117., e l'intiera diſpoſizione ſi legge nell' autentica *præterea C. eod. tit. Præterea ſi matrimonium ſit abſque dote, conjux autem præ-*

moriens locuples sit, superstes vero laboret inopia, succedat una cum liberis communibus, alteriusve matrimonii in quartam, si tres sint, vel pauciores: quod si plures sint, in virilem portionem: ut tamen ejusdem matrimonii liberis proprietatem servet, si extiterint: his vero non extantibus, vel si nullos habuerint, potietur etiam dominio, & imputabitur legatum in talem portionem.

Volle l'Imperadore Giustiniano maravigliosamente accrescere il privilegio de' conjugi nelle intestate successioni. Non si deferisce l'eredità agli affini, *l. affinitatis C. commun. de success.*, il marito, e la moglie tra loro non sono affini, ma somministrano agli altri la causa dell'affinità, poichè contengono tra essoloro l'individua società della vita. Era cosa eccessivamente vituperosa, che la moglie povera, la quale jeri l'altro conversò col marito, fosse dalla miseria oppressa, e restasse priva della successione. Dalla *Novell.* 117. *cap.* 5. la moglie povera viene ammessa alla successione del marito ricco anche co' figli, ma con queste distinzioni: Se i figli sono più di tre, o che questi siano nati dallo stesso, o da altro matrimonio, viene la donna chiamata alla porzione virile; se sono poi tre, o meno, riceve la quarta. Se la donna concorre coi figli, l'usofrutto spetta a questa, se con altri, riceve anche la proprietà. Dalla *Novell.* 53. *cap.* 6. in-

indifferentemente sono chiamati il marito, e la moglie alla reciproca successione. Ulrico Ubero giudica, che abbia Giustiniano altrimenti disposto nella *Novell.* 117. *cap.* 5., lochè vale, se il marito ingiustamente abbia la moglie discacciato. Per domandare questa porzione non si richiede, che la povertà della moglie sia estrema, poichè riputasi povera, se le proprie facoltà non giungano alla quarta del defonto marito. Quindi nella *Novell.* 53. *cap.* 6. vien disposto, che la moglie povera può domandare il supplemento della quarta, quando dal marito è stato lasciato il legato. Non può il marito senza giusta causa nel testamento negare alla moglie superstite questa porzione; la quale, se si lascia minore della quarta, tiene l'azione a domandare il supplemento, se intieramente si nega, agisce contro il testamento, vedi Gudelino *De jure noviss.* 2. 16. Bisogna avvertire, che questa porzione alla moglie dovuta è diversa dalla legittima, che compete ai figli; nè si deve *jure hereditario*, ma *condictione ex lege*.

Finalmente, se non esiste alcun legittimo successore, il fisco occupa questi beni, come beni vacanti, *l.* 1. *pr. d. de success.*, *l.* 4. *d. de bon. vacan.*, *l.* 1. §. 2. *d. de jur. Fisci*. Al Fisco vengono preferiti i conjugi, i compagni della munificenza Imperiale, *l. un. C. si liberal. Imp. soc. sine her. dec.*; la Chiesa nei

beni del Cherico, *l. 20. C. de Episc.*, *& Cler.*; la compagnia nei beni del soldato, *l. 2. C. de hered. decurion.*; il Collegio nei beni del collega, *l. 1. C. de hered. decur.*

T I T. XI.

Dell' Acquisto per l' Arrogazione.

IL terzo modo universale di acquistare era anticamente l'arrogazione, il quale fu introdotto dall' autorità de' prudenti, e dal tacito consenso. Dunque anticamente se un padre di famiglia si dava in arrogazione, passava con tutt' i beni, ed anche con quelli, che poteva acquistare nella famiglia dell' arrogatore. Per diritto nuovo di Giustiniano l' arrogatore, ad esempio del padre naturale, ha il solo usufrutto dei figli, *l. 6. C. de bon. quæ lib.*, morto poi nella famiglia adottiva, ha il dominio ancora delle robe del detto figlio, purchè non vi sieno certe persone, le quali ostano al padre, come i fratelli, ed i figli. Per diritto poi della novella 118., i figli si preferiscono all' avo, i germani all' avo concorrono. Per quello, che deve colui, che si è fatto arrogare, *ipso jure* non è tenuto il padre arrogatore; ma *nomine filii convenitur*; e se non vorrà difenderlo, si permette a' creditori il possesso dei beni,

beni, i quali coll'usufrutto sarebbero per ispettare ad esso arrogatore padre; §. *ult. Inst. h. tit.*

T I T. XII.

Di colui, a cui per causa della libertà i beni si aggiudicano.

IL quarto modo universale di acquistare è, *addictio bonorum conservandarum libertatum causa*, per costituzione di Marco Antonino nella *l. quod D. Marco* 50. *d. de man. test.* Dunque se taluno pieno di debiti nel testamento, o nei codicilli, o morendo intestato, nei codicilli abbia dato le libertà, per conservare queste rescrisse a Popilio Rufo doversi esaudire qualunque uomo libero, o servo manomesso nel testamento, o nei codicilli, il quale a conservare le dette libertà così dirette, come fedecommessarie, abbia cercato farsi aggiudicare tutt' i beni del defunto; purchè dia la satisdazione, o i pegni, pei quali renda sicuri i creditori; nel qual caso è quasi un possessor dei beni. *Addictis bonis* coloro, che *directe* sono stati manomessi sono liberi, come se adita si fosse l'eredità: i manomessi poi *per fideicommissum* da colui, a cui furono i beni aggiudicati, conseguiranno la libertà. E se non vi è niuno, che cerca *bona sibi addici, salvis libertatibus*, pervengono al fisco, e non è tenuto a dar la

cauzione. Ma Triboniano dice, che allora si dà luogo alla costituzione di Antonino, quando è certo, che niuno *ab intestato*, o *ex testamento* voglia esser erede. Or le libertà lasciate dall' erede scritto, se questi non voglia l' eredità accettare, non si debbono prestare dall' erede legittimo *l.* 5. *C. de fideic. libert.*

TIT. XIII.

Delle Successioni tolte, che si facevano per la vendita de' beni pel S. C. Claudiano.

Il quinto modo universale di acquistare era anticamente la compra de' beni. Se qualche volta il debitore in frode de' creditori si nascondeva, nè si difendeva, i creditori andavano dal pretore, ed ottenevano la possessione de' beni a certo tempo, per trenta giorni, nel qual tempo se il debitore non veniva in giudizio, i creditori tornavano dal pretore, perchè si destinasse un magistrato, il quale presedesse alla distrazione de' beni. Dopo pochi giorni tornavano i creditori dal pretore, perchè si permettesse loro fare *legem distractionis*, la quale si proponeva nel libello, acciò potessero trovar compratore. Or questo compratore era in luogo del possessore de' beni. Ma per *jus novissimo*, i creditori non si mettono nel possesso di tutti i beni, ma in quella parte de'

de' beni, che uguaglia al debito. *Nov.* 53. *c.* 4. §. 1.

Vi era il ſeſto modo univerſale di acquiſtare pel S.C. Claudiano, ſe una libera donna ſi foſſe congionta col ſervo alieno; perciochè tre volte dal padrone avanti a ſette teſtimonj avvertita, ſe non ſi foſſe aſtenuta di ciò fare, paſſava nella ſervitù con tutt' i ſuoi beni per ſentenza del pretore; lochè fu poi tolto da Giuſtiniano.

TIT. XIV.

Delle obbligazioni.

TRiboniano definiſce l' obbligazione, *juris vinculum, quo neceſſitate adſtringimur alicujus rei ſolvendæ ſecundum noſtræ civitatis jura*. L' obbligazione è di tre maniere, *naturale*, *civile*, *e miſta*. Quelle obbligazioni, che nel foro, e ne' giudizj ci aſtringono, ſi dicono *patti legittimi*, *o contratti*; quelle poi, che non ci obbligano ne' giudizj, e ripoſte ſono nell' oneſtà naturale, ſi dicono *patti nudi*. I patti legittimi ſi definiſcono da *Ulp. l. juris gentium* 7. §. 1. & 2. *d. de pact.*, *quæ non in ſuo nomine ſtant, ſed tranſeunt in proprium nomen contractus, aut quibus, etſi non tranſeant, ſubeſt tamen cauſa*. I patti nudi ſi definiſcono da Diocleziano, e Maſſimiano *l.* 27. *C. de locat.*

quæ

quæ placiti fine ſtant. Alle volte la legge conferma il patto, e lo fa legittimo: così la promeſſa della dote dalla coſtituzione di Teodoſio, e Valentiniano *in l. 6. C. de dot. promiſ.*, e 'l patto della donazione dalla coſtituzione di Giuſtiniano, *in l. ſi quis argentum*, 35. §. *ult. C. de donat.*, furono coſermati.

I patti danno legge ai contratti, che comprendono le convenzioni de' contraenti. La convenzione, al dire di Uulpiano nella *l.* 1. §. 2. *d. de pact.*, *l.* 3. *d. de pollic.*, è il conſenſo di due, o più perſone nello ſteſſo ſentimento, *conventio eſt duorum*, *vel plurium in idem placitum conſenſus*. Per diritto civile il nudo patto non ci aſtringe ne' giudizj, ma il pretore, moſſo dall' oneſtà naturale, diede l'eccezione al patto nudo, *l.* 7. §. 4. *d. de pact.*, poichè, *quod tam congruum eſt humanæ fidei*, *quam ea*, *quæ inter eos placuerunt*, *ſervare?* Vedi Noodt *de pact. cap.* 1. Volle il pretore col ſuo editto l'oſſervanza di quei patti, che non offendevano nè la legge, nè i decreti del Senato, nè gli editti de' Principi: *Pacta conventa*, *quæ neque dolo*, *neque adverſus leges*, *plebiſcita*, *ſenatuſconſulta*, *edicta Principum*, *neque quo fraus cuiquam eorum fieret*, *facta erunt*, *ſervabo*, *l.* 7. §. 7. *d. de pact.* Quindi i giureconſulti ſeguendo l'editto del pretore, non ſolamente al patto diedero l'eccezione, ma ancora ſtabilirono alcuni effetti civili. Ma ſe la na-

naturale obbligazione all'editto del pretore non convenga, si negano tutti gli effetti civili, e l'eccezioni. Quindi non vagliono le obbligazioni del prodigo, e del figlio di famiglia, che a mutuo riceve danaro: inutili sono le sicuranze della donna, ed i contratti del pupillo senza l'autorità del tutore. Al contrario competono ai patti gli effetti della legge, quando all'editto del pretore non ostano, cioè la naturale obbligazione ammette compensazione, *l. 6. d. de compens.*; il pagamento fatto per errore può ritenersi, *l. 10. d. de oblig. & act.*

Dall'eccezioni, e dagli effetti della legge nacque tra i giureconsulti la divisione de' patti. Al patto nudo diedero solamente l'eccezione; al patto vestito, o sia legittimo l'azione, perchè questo o vien confermato dal pretore, o distintamente approvato dalla legge, *l. 6. d. de pact.*, o perchè *in continenti* il patto è aggiunto al contratto di buona fede; *l. 7. §. 5.*, *l. 13. C. de pact.* Quindi legittimi sono i patti dotali, delle donazioni, e delle usure, *l. 30. d. de usur.*, *l. 7. d. de fœn. naut.*: al contrario dal diritto pretorio vien confermato il patto dell'ipoteca, del constituto, col quale ciascuno promette senza stipola, nel giorno determinato, dover pagare il danaro dovuto per altra causa, *l. 1. d. de const. pecun.*: come anche il patto di prestare il giuramento, §. 11. *Inst. d. de act.*

act. . Finalmente promettono l' azione tutti i patti, che *in continenti* si aggiungono ai contratti di buona fede, perchè questi si giudicano parte dello stesso contratto, *l.* 79. *d. de contrah. empt.* Dicesi *in continenti* aggiunto al contratto quel patto, che nel principio della convenzione stabiliscono i contraenti, e dà legge al contratto; sono remoti gli altri patti, che mai da' contraenti si facessero, i quali non risguardono il presente contratto. Egregiamente il giureconsulto Ulpiano a questo proposito dice nella *l.* 7. §. 5. *d. de pact. ea pacta insunt, quæ legem contractui dant, id est, quæ in ingressu contractus facta sunt.* Lo stesso vale pei patti immediatamente aggiunti ai contratti perfezionati. Ma se ne' contratti di buona fede dopo qualche spazio si aggiungono i patti, questi solamente producono l' eccezione, non già l' azione; e gioveranno al reo, non già all' attore, *l.* 7. *ff. de pact.*

Si possono i patti apporre o *ex intervallo*, o *in continenti* ne' contratti di stretta ragione; e questi o aggiungono, o scemano cosa dalla primiera obbligazione, che può instituirsi contro l' attore, o contro il reo. Quindi stabilirono i giureconsulti, che se il patto *in continenti* fosse aggiunto al contratto, e che diminuisse l' obbligazione, allora il patto giova al reo, non all' attore: Che se *ex intevallo* si mette il patto, e questo aggiunga, o scema co-

sa

sa all'antecedente obbligazione, il patto non giova nè all'attore, nè al reo. Quindi Ulpiano ne somministra l'esempio nel mutuo, *l.* 11. §. 1. *d. de reb. creditis*. *Si tibi dedero decem* (*sic*), *ut novem debeas: Proculus ait*, & *recte, non amplius se ipso jure debere, quam novem: Sed si dedero, ut undecim debeas, putat Proculus, amplius quam decem condici non posse*. Se do a mutuo dieci a Tizio con legge, che deve restituire nove: Tizio è obbligato restituire nove, non dieci, perchè il patto è stato *in continenti* aggiunto al contratto; nè accresce, ma diminuisce l'obbligazione: Per parte del reo nel mutuo è certa la quantità, la quale *ipso jure* svanisce, rispetto a dieci: Che se poi ho dato dieci con legge di riceverne undeci; in questo caso, disse Proculo, non posso ripetere, se non che dieci, poichè il patto di voler ripetere undeci, avendo dato dieci, accresce l'obbligazione del mutuo; e perciò non giova all'attore, nè puole domandare quantità maggiore di ciò, che ha mutuato, ed al reo compete l'eccezione. Vedi *Noodt cap.* 12. *de pact.* & *transact.*

Per rigore del diritto civile vagliono i patti estorti con violenza, con timore, o con frode, ma sono poi nulli per l'editto del pretore, il quale, seguendo la naturale equità, non volle, che la violenza, il timore, o la frode giovassero ad alcuno, poichè niuno deve ritrar-

re vantaggio dalla malvagità. Quindi, se il reo dalla violenza, dal timore, o dalla frode circonvenuto, abbia all' attore promesso cosa alcuna, è sicuro coll'eccezioni, per diritto Onorario, rendere inutili le civili obligazioni; ed a questo proposito disse Paulo nella legge 112. *d. de reg. jur.*, *nihil interest*, *ipso jure quis actionem non habeat*, *an per exceptionem infirmetur*; e lo stesso vale dire nel diritto, che non ho azione, o che questa sia soggetta all' eccezione.

Il fondamento delle convenzioni è il consenso o espresso, o tacito; niuno può obbligarsi senza volontà, o mal volentieri, §. 1. *Inst. de oblig. quæ quasi ex contr.*. Sono dal diritto approvati quei contratti, i quali ricevono dalla legge il primo nome, e la causa; altri, se non hanno nome particolare, non sono però privi di causa. La causa ne' contratti è quel fatto, che passa tra i contraenti. Quindi i giureconsulti stabilirono, che i contratti altri si chiamano *nominati*, altri *innominati*. Nominati sono la compra, e vendita, la locazione, la società &c. Dal jus civile a quattro si riducono i contratti innominati: *do*, *ut des*; *do*, *ut facias*; *facio*, *ut facias*; *facio*, *ut des*, *l.* 5. *pr. d. de præsc. verb.* Godono i contratti innominati il privilegio di convenzione legittima, quante volte la causa riguarda il tempo presente; ma se ha per oggetto il tempo fu-

turo,

turo, non dicesi contratto innominato, ma patto nudo. Quindi se Tizio do dieci, perchè in Roma prenda cura de' miei negozj, questa convenzione dicesi contratto innominato; Ma se prometto, voler dare dieci a Cajo, se partirà per Roma, questa convenzione dicesi patto nudo. Da questi patti non meno per ricevuta costumanza del nostro foro, che per equità del diritto canonico nasce l'azione, *cap.* 1. & 2. *ext. de pact.*

Differiscono i contratti nominati dagl'innominati per diversi rapporti. I contratti nominati ottengono dalla legge proprio nome, ed azione distinta: gl'innominati poi non hanno nè nome proprio, nè azione diversa. Da questi nasce o l'azione *in factum*, o *ex præscriptis verbis*, *tit. d. de præscript. verb.* I contratti nominati sono certi, ed obbligano a certa prestazione, come se vendo per cento, a cento sono astretto. Al contrario i contratti innominati sono in se stessi incerti, ed incerta prestazione contengono. Quindi se in Roma ho pensiero de' negozj di Tizio, non posso in giudizio domandare quantità certa, ma devo agire *in id, quod interest*, *l. 7. d. de præscr. verb.* Finalmente è d' avvertirsi ne' contratti innominati, che chi dal canto suo ha adempito alla convenzione, può disdirsi dal contratto, quante volte niun danno ridonda nell' altro, e quello dalla parte sua non ancora abbia

bia adempito al contratto, *l. 5. d. de condict. cauſ. dat. cauſ. non ſequut.*

I contratti ſono altri di *buona fede*, altri di *ſtretta ragione*, queſti ſi giudicano unilaterali, quelli bilaterali. Per diritto delle Genti era ignota queſta diſtinzione, poichè tutti rigidamente amavano l'oſſervanza de' patti, ſiccome ci atteſta Gellio nelle notti attiche, *lib. 20. cap. 1. fidem majores in negotiorum contractibus ſanxerunt*; nè da per ſe ſteſſi valevano i contratti fatti con dolo. Ne' contratti di ſtretta ragione, per antichiſſima regola di diritto Romano, fu ſtabilito, *uti lingua nuncupatum eſſet, ita jus eſto*, e'l dolo, che da'contraenti non era preveduto nella ſtipulazione, non ſpettava la cognizione di quanto all' offizio del giudice, e perciò queſti contratti non ſi annullavano coll'eccezione, molto meno coll' azione. Si ſoccorreva però al circonvenuto, ſe nella ſtipulazione convenivaſi, che foſſe lontano il dolo, vedi *Noodt de form. emendand. dol. mal. cap. 5.* Finalmente ai tempi di Cicerone Cajo Aquilio Gallo, ne' contratti doloſi col ſuo editto diede, non meno per rigor di legge, l'azione, ma ancora volle ſoccorrere al reo coll'eccezione del dolo, purchè non foſſe il contratto perfezionato, *l. 36. d. de verb. oblig. Si quis, cum aliter eum conveniſſet obligari, aliter per machinationem obligatus eſt: erit quidem ſubtilitati juris obſtrictus, ſed doli exceptio-*

ne

ne uti potest, quia enim per dolum obligatus est, competit ei exceptio. Idem est, & si nullus dolus intercessit stipulantis: sed ipsa res in se dolum habet, cum enim quis petat ex ea stipulatione; hoc ipse dolo facit, quod petit. Che se poi il contratto è perfezionato, allora il dolo non può correggersi coll'eccezione, ma il circonvenuto ha dentro l'anno l'azione utile, per rescindere il contratto doloso, *l. 7. d. de dolo mal.*

Per l'umana malizia ne' contratti di buona fede anche interviene il dolo, e questo o cade nel contratto, o dà causa al contratto. Se il dolo dà causa al contratto, questo *ipso jure* è nullo, *l. 7. d. de dol. mal.* Quindi è nullo il dominio, e il diritto della vendita trasferito nel compratore doloso. Ma se il dolo cade nel contratto, questo non è *ipso jure* nullo, ma compete al compratore di buona fede l'eccezione del dolo, perchè venga reintegrato in *id, quod interest*, poichè è costante regola del diritto, che i contratti di buona fede *ipso jure* sono nulli, quante volte in questi si ravvisa il dolo, *l. 3. §. 3. d. pro soc., & l. 16. d. de minor.*, mentre la naturale onestà richiede sostenersi i giudizj degl' uomini regolati dalla buona fede, *l. 116. d. de reg. jur.* Quindi possiamo stabilire quest' assioma, che tutti i contratti di buona fede sono *ipso jure* nulli, quante volte si scorge il dolo: Al contrario i

contratti di ſtretta ragione dal principio ſono validi, ma ſi reſcindono coll' azione del dolo, locchè viene anche confermato dal diritto canonico.

I contratti poi altri obbligano *ex uno tantum latere*, come il *mutuo*, e la *ſtipulazione*: altri *utrinque*, come *la compra*, *la locazione*, *la ſocietà*; altri alle volte *ex uno latere*, alle volte *etiam utrinque*, come il *commodato*, il *depoſito*, il *pegno*, il *mandato*, il *quaſi contratto*, *l' amminiſtrazione de' negozj altrui*, e *della tutela*. E giacchè dal contratto naſce l' obbligazione, così dall' obbligazione naſce l' azione: queſta o è diretta, o è contraria. La diretta è quella, che principalmente compete *ex negotio geſto*, onde ſi chiama principale *in l. commodato* 17. §. 1. *d. de commod.*: la contraria poi compete non già principalmente, ma *ex poſt facto*. Ne' contratti del primo, e del ſecondo genere le azioni, che competono così ad uno, come all' altro, ſono dirette: ne' contratti poi del terzo genere, una è ſempre diretta, alle volte l' altra parte *contrario judicio* è tenuta *ad id*, *quod abeſt agenti*; nel qual caſo ſpettano le azioni contrarie.

Con queſte azioni l' attore agiſce non meno per la preſtazione della promeſſa, che per la compenſazione del danno. Il danno avviene o per *dolo*, o per *colpa*, o per *caſo*. Diceſi dolo qualunque furberia diretta ad ingannare;

Do-

Dolus est calliditas ad decipiendum alterum adhibita, *l.* 1. §. 2. *d. de dolo*. I contratti dolosi sono sempre nulli, nè danno azione, *l.* 49. *d. de reg. jur.*, *alterius circumventio alii non praebet actionem*. La colpa si definisce, *factum inconsultum*, *quo alter injuria læditur*, *l.* 31. *d. ad leg. Aquil.* Questa si divide in tre specie, giusta i diversi caratteri de' padri di famiglia; tra questi, alcuni sono diligentissimi custodi del propio patrimonio: altri sono inavveduti, e sconsigliati ne' propj interessi: finalmente altri con moderato pensiero la loro famiglia governano; Quindi tre gradi alla colpa stabilirono i giureconsulti, cioè *lata*, *lieve*, e *lievissima*. Peccano per colpa lata nel disimpegno de' negozj coloro, i quali neppure pratticano quella diligenza, che i più trascurati uomini sogliono usare, *l.* 223. *d. de verb. signif.*; questa colpa si paragona al dolo nelle cause civili, *l. penult. d. de incend. ruin. naufr.*, non già nelle cause criminali, *l.* 7. *d. ad l. Cornel. de sicar.* La trascuranza di quell' attenzione, che usano gl' uomini esatti, chiamasi colpa lieve, *l.* 32. *d. depòs.* Finalmente commettono colpa lievissima coloro, i quali omettono quel grado di diligenza, che usano i diligentissimi padri di famiglia, *l.* 18. *d. commod.* Considerano i Dottori la colpa o *in abstracto*, o *in concreto*. Per regola di legge, diciamo *in abstracto* colpa lieve, quando ciascuno non usa

quella diligenza, che ordinariamente usano gl' uomini accorti. Per opposto *in concreto* dicesi lieve la colpa, quando alcuni, nel disimpegno de' stranieri negozj, non usano quella stessa diligenza, che ne' propj interessi ciascuno praticar suole. A questa colpa lieve *in concreto* è obbligato il socio nella società, §. 9. *Inst. de societ.*

Dall' espressa volontà de' contraenti dipende la rifazione del danno. Le private convenzioni derogano alle leggi; queste espressamente vietono il dolo, perchè simili contratti ostano a' buoni costumi, ed accrescono le frodi, *l.* 23. *d. de reg. jur.*. Ma se tra' contraenti niente si è convenuto, secondo la diversità de' contratti, diversamente la colpa si deve. Ne' contratti, che sono vantaggiosi ad uno, nojosi all' altro, quello è obbligato per colpa lieve, e lievissima, questo per colpa lata, *l.* 5., *e* 10. *d. de commod.*; il tutore però, a vantaggio de' pupilli, è tenuto alla colpa lieve, *l.* 1. *d. de tut. & ration. distrab.*. Se l'utile, el peso tra' contraenti è comune, sono questi astretti al danno per colpa lieve, *l.* 11. *d. de peric. & comm. rei vendit.*. Finalmente è obbligato ricompensare il danno avvenuto per colpa lievissima colui, che di propia volontà prende cura de' stranieri negozj, i quali esiggono somma attenzione, *l.* 11. *d. de negot. gest.*. Che se poi il danno avvenga da inopinato accidente, allora

lora niuno è obbligato al danno, poichè i casi fatali non si possono prevedere, *l. 23. d. de reg. jur.*, ma ciò vale, quante volte il debitore non è moroso a restituire la cosa, *l. 23. d. de verb. oblig.*, o altrimenti tra' contraenti non siasi convenuto, nel qual caso il possessore è tenuto al danno casuale, *l. 23. d. de reg. jur.*

Le obbligazioni sono o civili, o pretorie, cioè onorarie. Quattro sono i fonti delle obbligazioni, il contratto, il quasi contratto, il maleficio, e'l quasi maleficio. Le obbligazioni si contraggono *aut re, aut verbis, aut literis, aut consensu.*

TIT. XV.

Per quali modi si contrae l' obbligazione della cosa.

DIconsi contrarre *re* le obbligazioni, quando non solamente col consenso, ma colla tradizione della cosa, o con altro fatto si costituiscono, quali sono le obbligazioni delle permutazioni, e di tutti i contratti innominati. Ma Triboniano ci propone in questo titolo quattro contratti nominati; il mutuo, il commodato, il deposito, el pegno. Il mutuo è un credito di quantità data con tal legge,

che la stessa quantità si restituisca nel genere, non già nella stessa specie.

Per stabilire il mutuo, si ricercano il consenso de' contraenti, e la tradizione della cosa, cioè la numerazione del danaro, come dice Paolo, *l.* 2. §. 3. *d. de reb. cred.*, *mutuum non potest esse, nisi pecunia proficiscatur*. L'obbligazione del mutuo non può essere maggiore della effettiva tradizione, come se dò dieci, non posso domandare venti, *l.* 11. §. 1. *d. eod.*, *l. si tibi* 17. *d. de pact.*; ma se dò dieci, e convengo restituirmi nove, non posso chiedere più di nove, *cit. l.* 11. perchè è contratto di stretta ragione. Quindi la semplice promessa di dare in prestanza determinata quantità di danaro non è contratto di mutuo; ma bensì patto nudo, al quale senza la stipulazione la legge non mi obbliga; ma compete al reo l'azione *ex stipulatu*, quante volte questo patto colla stipola è confermato, *l.* 2. §. 5. *d. de reb. credit.*. Col mutuo si trasferisce nel mutuatario il dominio del danaro, o colla vera tradizione, o colla finta, come se cento docati miei sono presso di te in deposito, e questi, dopo lo spazio di qualche tempo, si cercano in prestito dal depositario, allora il danaro depositato passa nel dominio del mutuatario per contratto di mutuo, *l.* 9. §. *ult. d. de reb. credit.*

L'oggetto del mutuo sono le cose, che costano di numero, peso, e misura, come il vino,

no, l'oglio, il grano, el danaro, e da' giureconsulti si chiamano cose *fungibili*, come scrive Paulo, *l. 2. §. 1. d. de reb. cred.*, *quoniam earum datione possumus in creditum ire, eo quod functionem eamdem in genere recipiunt per solutionem, quam in specie*, cioè, la stessa quantità si restituisce *in genere*, non *in specie*, poichè il simile pagamento fatto nel genere della stessa bontà, non differisce dalla specie ricevuta, come dimostra Otomano *de usur. 1. 2.* contro Paolo Duareno. Quindi il creditore non può domandare la restituzione della cosa nella specie, ma dalla libertà del debitore dipende questa restituzione. Che se convengasi la restituzione nella stessa specie, allora è contratto o di deposito, o di pegno, o di commodato, non già di mutuo. Per sua natura il mutuo trasferisce nel debitore il pieno dominio della cosa, la quale si può liberamente alienare. Gl' antichi Stoici dissero mutuo, ciòcche mio addiviene tuo, *l. 2. §. 2. d. de reb. credit.* Chi non ha libera facoltà a distrarre, non può dare a prestanza, *§. 2. Inst. quib. alien. licet, vel non*, locchè è d'avvertirsi contro Claudio Salmasio, il quale a gran sforzi difende, che il mutuo non forma alienazione.

Si contrae il mutuo dall' assoluto padrone della roba, o da colui, che fa l'uffizio di padrone, ed in questo caso il procuratore, o il gestore de' negozj acquista pel padrone tutte le

azioni avute per la sicurezza del credito, senza cessione alcuna, *l. 2. C. per quas person. nob. acquiritur*, *l. si pecuniam 26. d. de reb. credit.* Compete al padrone il diritto di ricusare il nome del mutuatario, quante volte si scorge colpa, o dolo del procuratore in questo contratto, *l. 4. §. 1. C. si certum petatur*, *l. litis contestatæ 37. §. 1. d. de negot. gest.* Il Sindaco giustamente mutua il danaro dell' Università, *l. Gajus Sejus 11. d. de usur.*, come altresì fa il tutore, o curatore in benefizio del pupillo, o del furioso, *l. si tutor 15. d. de adminiſt. & peric. tutor.* Quindi se il padrone dà a mutuo i suoi danari a Tizio dovuti, e questi per parte di Tizio, senza scienza dello stesso, il credito, e l'azione spettano a Tizio, *l. certi 9. §. si nummos 8. d. de reb. cred.*, *l. si ita stipulatus 126. §. Chrysogonus 2. d. de verb. obligat.* Che se il socio contrae ad altri mutuo del danaro comune, non vale il contratto in dissenso degl'altri socj, perchè egli può solamente disponere della sua rata, non già di quella agl' altri socj spettante, *l. si socius 16. d. de reb. cred.*, purchè non abbia il mutuatario speso il danaro, ed allora, confermato il contratto per la consumazione, si dà a' socj *condictio ex consumptione*.

Al pupillo senza l'autorità del tutore è vietato dare a mutuo, *§. ult. Inst. quib. alien. licet, vel non*, *l. non omnes 19. §. 1. d. de reb.* cre-

credit., come altresì è proibito a chiunque; senza espressa volontà del padrone, poichè il padrone può vindicare il danaro esistente; e consumato con buona fede può ripetere *condictione sine causa*; e consumato con mala fede, ha l'azione *ad exhibendum*, *l. rogasti* 11. §. *ult. d. de reb. cred.* Ma se il tutore a nome del pupillo prende a mutuo, non viene astretto il pupillo, se non che a quella quantità, che a suo vantaggio si è impiegata, *l. si in rem* 3. *C. quando ex facto tutor. vel curator. minor agere, vel conveniri debeat*, *l. rempublicam* 3. *C. de jure reipubl.*

Si deve la cosa restituire nel luogo prefisso, e tempo determinato, giusta la natura del contratto, e volontà de' contraenti; come altresì dev'essere della stessa bontà, che la cosa mutuata; Quindi non vale la restituzione del vino nuovo per il vecchio, perchè deteriore, *l.* 3. *d. de reb. credit.*; come ancora non vale la restituzione di altro genere, cioè vino per grano, perchè *invito creditori aliud pro alio solvi nequit*: ma se il creditore accetta la restituzione del genere diverso, allora qualunque cosa può assegnasi in soddisfazione, *l.* 17. *& pen. C. de solutionib.* Non è contratto di mutuo, ma innominato, se il creditore conviene col debitore, che per il danaro, nel tempo del pagamento, debba restituire vino, o altro genere.

Per

Per le umane vicende ſuole ſpeſſe fiate avvenire, che la coſa nel genere non può reſtituirſi, ma bensì il prezzo della coſa. Quindi nacque il dubbio, qual tempo, o luogo deve attenderſi a determinare il prezzo. Il giureconſulto Giuliano così definì; o il tempo, e luogo del pagamento è ſtato convenuto, ed allora ſi deve attendere il prezzo, che corre in quel luogo, e tempo; ſe poi niuna convenzione ſi è fatta, allora il reo ſarà condannato al prezzo, che corre nel luogo, quando ſi domanda, *l. 22. d. de reb. credit.*. Che ſe per indugio del debitore il prezzo della coſa ſi avanza, allora ſarà il debitore condannato al di più, che la coſa vale dopo la mora.

Opportuno luogo quì naſce di ſpiegare, ſe cambiato il valore della moneta nel decorſo del mutuo, e del pagamento, debba nella ſoddisfazione riguardarſi il tempo del mutuo, o della ſoddisfazione. Diſtinguono gl' interpreti; o la mutazione è nel valore intrinſeco, o nell' eſtrinſeco. Diceſi intrinſeca mutazione della moneta, quando la miſtura è maggiore in rapporto alla materia: Eſtrinſeca poi, quando per pubblica autorità diverſo valore riceve la moneta, ſenz' alterarſi l' interna bontà. Se la mutazione è intrinſeca, deve la ſoddisfazione ſeguire ſecondo il valore della moneta, che valeva nel tempo del contratto, *l. 3. d. de reb. credit.*; ſe poi eſtrinſecamente ſi muta, allora l'au-

l' aumento , e deminuzione della moneta và a danno, e lucro del debitore. Questa distinzione poggia sopra le regole dell'equità, e del sommo Impero, come scrive Erzio nelle note a Puffendorfio *de Jur. nat. & gent. lib. 5. cap. 7. §. 7.*

Il mutuo di sua natura non soffre accrescimento di sorte, cioè interesse, ma è gratuito, nè per esecuzione del patto si può domandare più di quello, che si è mutuato, purchè il debitore non siasi obbligato colla stipulazione, perchè i Romani stabilirono non competere azione al patto nudo ne' contratti di stretta ragione, *l. 3. quamvis usuræ C. de usur.*, come altresì l' azione a domandare il mutuo dicesi *condictio certi*, ma l'obbligo dell' interesse addiviene incerto per la durata del tempo, *l. ubi autem 75. §. penul. d. de verb. oblig.*, così è assurdo nel diritto damandarsi la cosa incerta, *condictione certi*. Non è più mutuo, quando questo contratto partorisce interesse, ma contratto di locazione, dove l' interesse corrisponde alla mercede.

Per la dazione del mutuo, *ac proinde re*, si obbliga, chi riceve il mutuo, e si dà al mutuante contra colui, acciò restituisca, l' azione personale, la quale si dice *condictio certi*, la quale al dir di *Ulp. l. certi 9. pr. d. de reb. cred.* compete *ex omni obligatione, ex omni caussa, ex qua certum petitur*. Simile al mutuo è

la

la soluzione dell'indebito. Colui, a cui per errore si paga ciò, che non deve, *re obligatur*, & *quasi ex mutui datione*, & *eadem actione tenetur*, *qua debitores creditoribus*, *i. e. ex caussa mutui*, *l. si quis* 5. §. 3. *d. de actionibus*, & *ob.*

Il commodato è quando una cosa non fungibile si dà a taluno *utenda gratis* a certo modo, e tempo con tal legge, che, finito l'uso, nella stessa specie si restituisca. Il mutuo dà il dominio, il commodato l'uso. Nel mutuo il genere, nel commodato la stessa specie si deve restituire: e perchè questa non perisca coll'uso, dev'essere non fungibile. Chi dà il commodato, può prescrivere il modo, ed il fine di esso; e ciò fatto, non può intempestivamente togliere l'uso.

Nel mutuo la cosa perisce a danno del debitore; nel commodato a danno di colui, che ha commodato, e ciò vale, se la cosa perisse per caso fortuito, non già per mora del commodatario, *l.* 23. *d. de verb. oblig.*, o per sua colpa anche lievissima, *l.* 18. *d. de commod.*, *vel cont.* Soggiace il commodatario alla colpa lievissima, quante volte il contratto è fatto a suo solo vantaggio; che se poi riguarda l'utilità d'ambedue i contraenti; allora il commodatario è obbligato ricompensare il danno, che nasce dalla colpa lieve, *cit. l.* 18. Nel commodato l'uso della cosa dev'essere grazioso, se si convenga prezzo, e questo dal principio del

con-

contratto, sarà locazione; se poi si convenga darsi finito l'uso, sarà contratto innominato, *do, ut des*. Finalmente nel commodato l'uso, el tempo della cosa è definito, locchè divide il commodato dal precario, mentre questo dà la libertà al padrone di domandare la cosa prima della percezione dell'uso, locchè si vieta nel commodato, *l.* 1. *d. de precar.*, *l.* 17. *d. commod.*. Nel commodato l'uso della cosa è strettamente circoscritto ne' suoi confini, i quali, *invito domino*, sono proibiti al commodatario oltrepassare senz'incorrere nel delitto di furto, *l.* 45. *d. de furt.*

Dal commodato nasce l'azione, la quale o è diretta, e si dà al commodante, acciò finito il tempo il commodatario restituisca la cosa, *l. rem mihi* 21. *d. commodat.*, o è contraria, e compete al commodatario, perchè non sia molestato prima del tempo, e possa conseguire ciò, che ha speso, *& quidquid interest sua*.

Il Deposito è un contratto, col quale una cosa mobile si dà a custodire gratuitamente con tal legge, che la stessa cosa in specie si debba restituire in qualunque tempo. Da ciò si ricava primieramente, che 'l depositario, se fa uso del deposito, commette furto, *l. si sacculum* 20. *d. eod.*; in secondo luogo se taluno per la custodia riceve danaro, non è depositario, ma locatore dell'opera sua. Non si proibisce però darsi

darsi qualche cosa per titolo di rimunerazione.

Per sua natura nel deposito il depositario è obbligato alla restituzione della cosa depositata coi frutti, *l. 1. §. 24. d. depos., vel cont.*; si deve ancora l'interesse dal giorno della mora, *l. 2. C. depos.* Sotto qualunque pretesto è vietato al depositario negare la cosa depositata, come, giusta l'autorità del giureconsulto Trifonino, se il ladrone deposita le vesti rubate presso Tizio, non può questi negare al ladro il deposito, purchè nello stesso tempo non concorra col ladro il vero padrone, *l. 31. d. eod.* Non ha luogo nel deposito la compensazione, *l. ult. C. eod.*

Al nascosto ladrone i Decemviri uguagliarono il doloso depositario, e stabilirono la pena del doppio; *Si quid endo deposito dolo malo factum escit, duplione luito*, poichè il dolo commesso nel deposito richiedeva la rigida pena del doppio. Ma dall'editto del pretore fu mitigato il rigor della legge, introdotta la distinzione tra *semplice* deposito, e *miserevole*. Dicesi deposito miserevole quello, che si fa ne' gran pericoli del tumulto, del fuoco, o del mare, *l. 1. §. 1. d. depos. vel. cont.* Nel deposito semplice il doloso depositario viene astretto alla restituzione della sola cosa depositata; nel miserevole poi alla pena del doppio, *l. 1. §. 1. d. eod.*, e la ragione di tal stabilimento fu, perchè nel semplice deposito spontaneamente è

stata

ſtata ſcelta la perſona del doloſo depoſitario ; ma nel miſerevole poi, per la dura neceſſità del fatale avvenimento, ſi fa il depoſito, che con eſtrema cura deveſi cuſtodire, ed immantinenti reſtituire a colui, che ha fatto il depoſito, onde per ragione di religioſa umanità volle il pretore oſſervata la pena del doppio contro il doloſo depoſitario. Ma oggi nel foro queſta diſtinzione è andata in diſuſo.

Intieramente al depoſito è ſimile il ſequeſtro tanto della coſa mobile, che ſtabile, affinchè venga cuſtodita, per poi reſtituirſi a chi ſpetta. Queſto o è *volontario*, e naſce dal conſenſo delle parti, o *neceſſario*, e ſi fa dall'autorità del giudice, il quale, ſenza la dovuta cognizione della cauſa, non può queſto ordinare, quindi fu ſtabilita la legge *un. C. de prohib. ſequeſt. pecun.*. Nel diritto canonico, *cap. 14. ex. de ſponſ. & matrim.*, vien ordinato, che la donna nubile promeſſa a due in matrimonio, durante la lite, ſi deve mettere preſſo ſicura perſona. All'offizio del depoſitario appartiene l' amminiſtrazione della roba ſequeſtrata, la collezione de' frutti, e la cuſtodia degli ſteſſi con renderne conto, e competono le azioni dirette, e contrarie, come nel depoſito.

L'azione diretta del depoſito ſi dà a colui, che ha fatto il depoſito, acciò ſe li reſtituiſca la coſa depoſitata, benchè ſia un predone: la

con-

contraria si dà al depositario *ad impensas etiam modicas*, a differenza del commodato; poichè le picciole spese al commodatario si appartengono, *l. in rebus* 18. §. 2. *d. commod.*, e la ragione si è, perchè il commodatario ha l'uso della cosa, non già il depositario, e questi è tenuto alla sola colpa lata, ed al dolo, *l.* 23. *contractus d. de R. J.*

Il pegno è ciò, che 'l debitore dà al suo creditore con tal legge, che, pagato il debito, si restituisca il pegno non fatto deteriore. Diversi sono nel diritto i significati della voce *pegno*, mentre o dimostra il jus quesito nella cosa, *tit. qui pot. in pign.*; o significa la cosa obbligata al creditore per la sicurezza del debito, *tit. de distr. pign.*; o finalmente significa il contratto del pegno, *l.* 1. §. *ult. d. de pact.*. Il pegno è un contratto reale, questo si fa col consenso delle parti, e consegna della cosa in favore di ambedue i contraenti, cioè del debitore per la facilità del credito, e del creditore per la sicurezzo dello stesso, *pignus utriusque gratia datur, & debitoris, quo magis pecunia ei credatur, & creditoris, quo magis ei in tuto sit creditum*. Quindi di sua natura si richiede nel pegno, che il possesso della cosa pegnorata passi nel creditore. Che se il possesso resti presso il debitore, allora questo contratto dicesi *hypotheca*, *l.* 9. §. 2. *d. de pign. act.*. Nel pegno è vietato al creditore l' uso del-

della cosa pegnorata, locchè se convengasi, dicesi contratto *anticretico*, col quale al creditore si permette l'uso del pegno. Quindi la legge nel pegno approva il patto dell'uso, e biasima quello della legge commissoria (1), col

 qua-

(1) *Nullo, ed ingiusto è nel pegno il patto della legge commissoria, la quale obbliga il debitore alla dovuta soddisfazione nel tempo determinato, quale elasso,* pleno jure *s'acquista al creditore il pegno. Con ragione dalla legge è questo patto riprovato, perchè di mal'animo viene il debitore spogliato della sua roba, la quale ordinariamente supera la quantità dovuta. Quindi l'Imperador Costantino vietò questo patto, con dichiarar nulli i passati contratti, che contenevano simile convenzione,* l. 3. C. de pact. pign., & l. Commiss., *quantunque le leggi obbligano* in futurum, l. 7. C. de legib.. *Nè milita questo patto col giuramento confermato, e si ha per non scritto, perchè resiste alle leggi, e buoni costumi,* Novel. 61. cap. 1. §. 4., Novel. 13. cap. 1. in fin. *Ma se il patto* ex intervallo *da' contraenti s'aggiunga nel contratto? Sempre è nullo, e contiene frode con danno del debitore, che nel principio del contratto facilmente ammette qualsivoglia condizione per sovvenire a' suoi bisogni, locchè ugualmente fa* ex intervallo, *perchè non sia ristretto nelle carceri, ed i suoi beni*

quale i rapaci creditori sogliono obbligare i miseri debitori, che non pagandosi nel determinato tempo il debito, s' abbia il pegno per venduto in favore del creditore.

Dal pegno nasce l' azione pegnoratizia, o diretta; la quale, tostochè si è soddisfatto il creditore, si dà al debitore contro il creditore, perchè restituisca il pegno, *l. si rem* 9. §. 3., *& l.*

ni non s' espongano venali. Approva però la legge il patto, che, in mancanza del dovuto pagamento, possa il creditore pienamente acquistare il pegno, non per la quantità dovuta, ma per il giusto prezzo da stabilirsi, l. 16. §. ult. d. de pign.; *in questo caso cessa l' ingiustizia, niuno de' contraenti è leso, el patto contiene compra condizionale, con lasciarsi il prezzo* arbitrio boni viri.

Valido poi è nel contratto di compra, e vendita il patto commissorio, perchè non contiene lesione, el dominio della cosa riserbato al venditore ritorna allo stesso, qualora nel tempo prefisso paga in beneficio del compratore il convenuto prezzo. La differenza di queste disposizioni è giusta, ed equa. Nella compra e vendita niente si toglie al venditore; ma nel pegno è astretto il debitore a perdere il dominio della cosa pegnorata per quantità minore di quello, che deve.

& l. debitor. 40. §. 2. d. de pign. act.: nasce ancora la contraria, la quale si dà al creditore, se abbia fatto nel pegno spese necessarie, ed utili.

Col pegno acquista il creditore diritto nella roba del debitore, e s' ottiene o coll' autorità del pretore, o col ministero della legge, o col fatto dell' uomo, o coll' ordine del giudice. Quindi dicesi *convenzionale*, *pretorio*, *giudiziale*, e *legittimo*, ovvero *tacito*. Non è permesso al creditore colla propia autorità, contro voglia del debitore, strappare dalle sue mani il pegno, affinchè non accadono rivoluzioni. Contro il moroso debitore dal giudice s' ordina il pegno, per soddisfare al creditore, locchè si fa anche dal pretore non solo per causa del debito contratto, ma anche per la conservazione del legato, *l. 1. d. ut in possess. legat. vel fideicom. servand. caus.*: Se il debitore è contumace dopo il primo, e secondo decreto, allora il pretore dà al creditore il possesso de' beni, *l. 7. Fulcinus d. ex quib. caus. in possess. eatur*. Dal ministero della legge si concede la tacita ipoteca al marito ne' beni del dotante per la soddisfazione della dote, ed alla donna per la restituzione della stessa; com' altresì godono questo benefizio i pupilli, e minori ne' beni de' tutori, e curatori; I legatarj ne' beni del defonto. Finalmente o è *speciale*, o *generale*: Nella speciale, alcuni beni parti-

 co-

colari solamente si obbligano al creditore: Colla generale poi tutt' i beni presenti, e futuri sono soggetti al creditore: nè, per stabilirsi l'ipoteca generale, è necessario farsi menzione de' beni presenti, e futuri, *l. 9. C. quæ res pignori oblig. poss.*. Se dopo la generale ipoteca il debitore aliena i beni obbligati, compete al creditore il diritto di convenire i terzi possessori de' fondi ipotegati. L'ipoteca generale è simile all'obbligazione dell' *università*, come se l'intiero gregge s'obbliga, e questo rinovellato per la morte de' primi, il nuovo armento soggiace all' ipoteca, *l. 13. d. de pign. & hypoth.*. Solevano gl' accorti creditori nell' obbligazioni unire la speciale ipoteca alla generale, ed allora, per disposizione delle pandette, potevano instituire l'azione ipotecaria non meno nelle cose specialmente obbligate, che in quelle generalmente ipotecate, *l. 15. §. 1. d. eod.* Questo diritto dagl' Imperadori Severo, ed Antonino, nella *l. 2. C. de pign. & hypoth.*, fu corretto, ed ordinato, che non può il creditore instituire la generale azione ipotecaria, quante volte è sicuro della totale soddisfazione ne' beni specialmente ipotecati. Ma oggi questa disposizione vien' elusa colla clausola apposta nell' istromento, *che la speciale ipoteca non deroga alla generale*, e così resta nella libertà del creditore servirsi del suo diritto per conseguire il credito.

Suo-

Suole spesse fiate avvenire, che per la moltitudine de' debiti si fa un concorso de' creditori ne' beni del debitore, perchè siano soddisfatti: Differente tra' creditori è la ragione, che ciascuno rappresenta, e con ugual differenza la soddisfazione succede. I creditori o sono *ipotecarj*, ed *instrumentarj*, o *personali e chirografarj*; o sono *semplici* creditori ipotecarj o personali, o *privilegiati*. Si dicono ipotecarj, quando la roba è soggetta al vincolo dell' ipoteca; personali poi, quando la semplice persona è obbligata. Nel concorso de' creditori vale primieramente questa regola: *Hypothecarii personalibus præferuntur*, *l. 3. 9. 10. C. qui potio. in pign. vel hypoth.*; Sono gl' ipotecarj preferiti a' creditori chirografarj, perchè quelli, avendo la roba obbligata, sono a questi poziori, i quali hanno la nuda obbligazione personale. Questa regola soffre delle mutazioni in diversi casi; colui, che ha speso nell' ultima malattia, e ne' funerali del defonto, è preferito a' creditori istrumentarj, *l. 14. §. 1. d. de religios.* Gl' Avvocati, i procuratori, i Notari destinati alla confezione del testamento, e dell' inventario godono lo stesso privilegio, *l. 22. C. de jure delib.* Inoltre nel concorso de' creditori s' osserva questa regola: *Inter ipsos hypothecarios privilegiati non privilegiatis præferuntur secundum ordinem in jure constitutum.* Varie persone godono questa prelazione; l' obbli-

bligazione fiscale è la più poziore tra tutte, *l. 2. C. de privil. fisc.*; la caufa dotale, e degl' alimenti è preferita a' creditori istrumentarj anteriori, *l. ult. C. qui potior. in pignor.*; colui, che per la rifazione, o compra della casa ha impiegato il suo danaro, se ha la speciale ipoteca, è preferito, *l. 5.* e *6. d. eod.*. Finalmente tra gl' altri creditori milita questa regola, *prior in tempore, potior in jure*, *l. 10. d. eod.*, e nell' uguaglianza del tempo è poziore la condizione del possessore, *l. 128. d. de reg. jur. In pari caussa possessor potior haberi debet*.

T I T. XVI.

Dell' Obbligazioni delle parole.

Quell' obbligazione, che si contrae colle parole, si dice da' Giureconsulti *stipulatio* (1) e la definiscono, *verborum conceptionem, quibus is, qui interrogatur, daturum, facturumve se, quod interrogatus est, respondet*. Due so-

(1) *La voce* stipulatio *deducesi* a stipite, *come vogliono il giureconsulto Paolo* 5. sent. 7., *Otomano, Claudio Salmasio* lib. de usur. cap. 6., *e Varrone* lib. 4. de ling. lat., stipes *vien detto* a stipando, *poichè, presso gl' antichi, i debitori* op-

sono le azioni della stipolazione; *certi condictio*, se la stipolazione contenga *quid certum*: *ex stipulatu*, se cosa incerta. La stipolazione o si fa *pure*, o *in diem*, o *sub conditione*. Nella pura, *statim cedit*, *&* *venit dies*. In quella *in diem*, *cedit dies*, ma poi *venit dies*, quando viene il giorno. In quella *sub conditione neque cedit*, *neque venit dies*. Si dice *cedere diem*, quando la prima volta nasce l' obbligazione, *seu quum incipit deberi*: Si dice *venire diem*, *quando pecunia peti potest*. La condizione è o fortuita, cioè quella, che dipende dal caso, *veluti si Titius factus fuerit consul*: o arbitraria, *veluti si in Alexandriam iveris*: o mista *veluti si nupseris Cajo*. Ma se la condizione si ri-

oppressi da gravi debiti riponevano una quantità di danaro maggiore del debito non nell'arca, ma stipabant *nella stanza*. *Isidoro*, lib. 3. cap. 24., *ritrae l'etimologia di questa voce* a stipula, *con queste parole*: Veteres enim, quando sibi promittebant aliquid, stipulam tenentes frangebant: quam iterum jungentes, agnoscebant sponsiones suas. *Finalmente Festo dice* a stipite. *Dalla stipolazione ricevono i contratti fermezza, e validità per l'adempimento; la causa efficiente delle stipolazioni o è certa, e dà determinata azione; o incerta, e si domanda coll'azione detta da' Forensi* ex stipulatu.

rimette nell' arbitrio assoluto, sa inutile la stipolazione, come, *centum, si volueris, dare spondes*. La condizione o afferma, o nega. Intorno alla negante dico, che se è arbitraria, *veluti si in Capitolium non ascenderis*, allora si verifica, quando è morto il reo stipolante, o promittente, perchè allora è sicuro, che non anderà al Campidoglio, e l'azione si dà all' erede, e contro l'erede. Ma perchè l'ultime volontà equamente s'interpetrano, all'erede, e legatario, a cui s' appone la condizione *in non faciendo*, data la cauzione Muciana, si dà loro il jus di poter cercare.

Che se la condizione sia concepita *in non dando*? è da vedersi se la stipolazione comincia dalla condizione, *veluti si Pamphilum non dederis, centum dare spondes: an ab alia pactione*, come *Pamphilum dare spondes? si non dederis, centum dare spondes?* nel primo caso allora si può cercare, quando Pamfilo non si può più dare: nel secondo caso allora si può agire, quando potè darsi l'uomo, e non siasi poi dato.

Finalmente le stipolazioni *vel in dando, vel in faciendo consistunt*, *l. 2. d. h. t.*, così è incerta la stipolazione, se consiste *in faciendo*, *l. ubi 75. §. 7. d. eod.*, e l'incertezza nasce non solo dalla promessa, che dall'evento del fatto, al quale, mancandosi, è tenuto il promissore per la sua mora a dare *id, quod interest*, e

que-

questa quantità è incerta, *l. si pœnam* 68. *d. eod.*: Quindi dobbiamo avvertire, che nella stipolazione del fatto, prima del tempo non possiamo obbligare il debitore a fare ciò, che ha promesso, dal che vien liberato colla prestazione del fatto. Ma dopo il decorso del tempo promesso, non eseguito il fatto, è obbligato il debitore per la sua mora *ad id, quod interest*, *l. stipulatione* 72., *l. si insulam* 84.; *l. si quis* 112. §. *ult. d. h. t.*; dal debitore si purga la mora colla prestazione del fatto, nè può essere escluso. Appartengono a questo titolo i fatti nudi, e semplici, che richiedono il solo ministero dell'uomo, come pittare la tela, edificare l'isola, cavare il fosso, non già quelli, che nascono dal diritto, la di cui prestazione è certa, come se per contratto di vendita siasi stipolata la traslazione del dominio della cosa venduta, possiamo domandare la cosa promessa, *l.* 11. §. 2. *d. de action. empt.* Alla stipolazione *in faciendo* è simile quella, che consiste *in non faciendo*, come, *per te non fieri, quominus mihi ire agere liceat &c. l.* 2. §. *penult. h. t.*; si verificano tali stipolazioni, quando s' opera contro la convenzione, ed allora viene astretto il reo *ad id, quod interest*.

Varj inconvenienti in siffatte stipolazioni avvengono per l' incertezza della cosa; quindi per sfuggire qualunque incomodo, Giustiniano nel §. 7. di questo titolo c' avvertì; *in hu-*

jus.

TIT. XVII.

Di due Rei di Stipolazione, e di Promessa.

REo non solamente è colui, da cui si cerca, ma colui ancora, il quale agisce. Quindi rei promittenti, e stipolanti. Dicesi reo stipolante, chi stipola, e vale lo stesso, che lo stipolatore: Reo promittente è chi promette, che chiamasi promissore. Per costituirsi i rei promittenti, e stipolanti, si richiede la copulativa stipolazione nello stesso atto, o dopo poco decorso, *l. 6. §. ult.*, *l. 12. prin. d. h. t.*, con questi requisiti, cioè che 'l solido si stipola, e si prometta con intenzione di pagarsi il solido, affinchè resti liberato il correo, il quale *principali nomine* s' obbliga al pagamento, e differisce dal fidejussore.

Gl' effetti di una tale obbligazione sono due. Il primo, che'l solido da ciascuno a ciascuno si deve. Il secondo, che o uno de' rei stipolanti riceve il debito; o uno de' promittenti paga il debito, si scioglie ogni obbligazione, e tutti si liberano, se qualche cosa da due, o più correi si promette senza il patto *de solvendo solido a singulis*, ciascuno è tenuto per la parte virile: Se poi v' interviene quel patto, è da vedersi, se tutti sono presenti, e *sunt solvendo*, o nò: Se tutti sono presenti, è da vedersi, se'l convenuto opponga l' eccezione

di

di dividersi l'azione, o nò: opposta l'eccezione, *in virilem damnabitur*, non opposta, *in solidum*: Se tutti *sunt solvendo*, si presterà il solido; se non tutti *sunt solvendo*, si presterà ciochè gl' assenti, ed i poveri non possono prestare.

Di questi rei promittenti uno si può obbligare *pure*, l'altro *in diem*, o *sub conditione*. Non possono i rei promittenti obbligarsi a cose diverse, *l. si id* 15. *d. h. t.*, nè prestare differente obbligazione con essere uno alla colpa tenuto, e l'altro nò, *l.* 9. §. 1. *d. eod.*; nè è necessario lo stesso modo dell'obbligazione, nella quale il giorno, o la condizione non osta alla prestazione contro colui, che *pure* è obbligato, §. 2. *Inst. h. t.*. Se la disuguaglianza nasca dal tempo, o dalla condizione, quella si toglie verificata la condizione, e'l giorno. Quindi dobbiamo avvertire, che i correi *credendi* e *debendi* si possono costituire non solo colla stipolazione, ma anche con altri contratti, e col testamento. Correi credendi sono, se due la stessa cosa depositano, o commodano, o danno dieci a prestanza con legge, che sia il debitore obbligato a pagare il solido a ciascun de' correi, *l.* 1. §. *sed si duo* 44. *d. depos.* Col testamento il testatore lega disgiuntivamente a due la stessa cosa, *arg. l.* 8. §. 1. *d. de leg.* 1. *Titio, vel Mœvio decem dato*. All'opposto se la stessa cosa dò in deposito, o a commodato,

to, o a mutuo a due persone, che si dichiarano tutti debitori della cosa depositata, o commodata, o mutuata, e si liberano col restituire a ciascuno de' correi il solido. Nel testamento, se il testatore così ordina, *L. Titius heres meus, aut Mœvius heres meus, decem Sejo dato*, *cit. l.* 8. §. 1. *d. de leg.* 1.

T I T. XVIII.

Della Stipolazione de Servi.

GIacchè il servo ha il jus di prendere dal testamento *ex persona domini*, così ha benanche il jus *stipulandi ex caussa peculiari*. Il servo ereditario acquista all' eredità, purchè questo sia adito dall' eredità, perchè in questo caso il servo stipola *ex persona domini*.

T I T. XIX.

Della Divisione delle Stipolazioni.

LE stipolazioni o sono giudiziali, o pretorie, o convenzionali, o comuni, cioè così pretorie, come giudiziali.

Le giudiziali sono quelle, che dal mero offizio del giudice discendono. Di queste due esempj ne propone Triboniano, la cauzione *de dolo*, e la cauzione *de persequendo servo, qui in fuga est*,

est, vel restituendo pretio. Se taluno *ex stipulatu* agisce con colui, che deve il servo; perchè si può temere, che il reo diffidando della vittoria della causa non dia al servo, che deve restituire, il veleno, pel quale il servo restituito perisca, si costringe il reo nella restituzione del servo, *cavere per judicem nihil se dolo malo fecisse*, *quo servus deterior fieret*. Ed ecco il primo esempio della cauzione *de dolo*. Se io agisco con colui, che con buona fede ha comprato il mio servo; e giacchè per la contestazione della lite non s'interrompe l'usucapione per jus civile, *l. 51. d. de Ver. obl. & l. 18. ac 21. de R. J.*, dentro il tempo del giudizio il compratore usucapisce il servo: questo senza di lui dolo se ne fugge, e poi costa, che sia io il padrone del servo; or perchè è cosa ingiusta, che si condanni il reo non coscio della fuga del servo; e perchè è parimenti ingiusto, che io non abbia d'avere alcun frutto della vittoria, il reo si costringe dal giudice, *cavere se persequuturum servum, qui in fuga est, atque a possessore vindicaturum, eumque mihi, aut æstimationem ejus restituturum*. Non ancora usucapito il servo, non vi è bisogno di quella cauzione, perchè posso io allora vendicare il servo da qualunque possessore.

Le pretorie sono quelle, che discendono dal mero offizio del pretore; come la stipolazione *damni*

damni infecti, & legatorum. Se il vicino teme, che la casa del vicino crolli, si stipola avant' al pretore, *damnum, quod ex ruina contingerit, præstari*, *l. prætor ait* 7. *d. eod.* La stipolazione de' legati è, quando l' erede a' legatarj, e fedecommessarj stipolanti promette, che quelle cose, che *sub conditione*, o *in diem* sono state lasciate, esistendo il giorno e la condizione, è per sodisfare.

Le convenzionali si dicono quelle, che non già per comando del giudice, e del pretore si concepiscono, ma per convenzione dell' una, e dell' altra parte.

Le comuni si dicono quelle, che avant' al giudice, ed avant' al pretore s' interpongono. Comune è la stipolazione *rem pupilli salvam fore*, la quale benchè dicesi pretoria, alle volte però s' interpone *officio judicis*. Se 'l tutore non voglia dare la cauzione, *pignoribus captis* si costringe; locchè è propio del pretore: ma se 'l debitore pupillare convenuto dal tutore, contestata già la lite, *rescivisse non satisdatum a tutore*; in questo caso il giudice costringe il tutore a dar la cauzione. Quelle cose, che accadono nel giudizio, sono propie del giudice, *l.* 1. *C. de ord. judic.* Comune ancora è la stipolazione *de rato*, la quale prima della contestazione della lite il pretore esigge dal procuratore dell' attore, se costa del mandato; ma se già contestata la lite si dubita del

man-

mandato, ciò s' appartiene all' offizio del giudice.

TIT. XX.

Delle Stipolazioni inutili.

FA inutili le stipolazioni, o la cosa, o la persona, o la mente de' contraenti, o la stessa concezione delle parole. Per riguardo alle cose, quelle solamente possono stipolarsi, le quali soggiacciono all' uso, ed al dominio degl' uomini, o siano cose mobili, o immobili. Dunque è inutile la stipolazione della cosa, la quale non è, come dell' uomo morto, il quale si stima vivo; di quella cosa, che non è in natura, come l' ippocentauro: della cosa turpe, *l. si stipulator 35. pr. & §. 1. d. de V. O.*; delle cose sacre, religiose, sante, e pubbliche, dell' uomo libero, della cosa nostra, se stipoliamo, che si dia a noi; e queste stipolazioni tanto non vagliono, e che non si deve nè meno l' estimazione. Quella stipolazione, la quale da principio fu utile, diventa inutile, *si in eum casum inciderit, a quo incipere non potest*. Le stipolazioni di quelle cose, che non già di natura loro, come le cose sacre, ma per qualche caso estrinseco, come la cosa nostra, sono fuori del commercio, sono valide sotto quella condizione, *quum res nostra esse desi-*

fierit, aut si quando marmora, vel columnæ separatæ fuerint ab ædibus.

Inutile ancora è la stipolazione, la quale contiene il fatto alieno, come se taluno prometta, che un altro dia, o faccia, purchè non promette la pena, *aut quanti res ea sit*, perchè allora *sua interest, quod promisit*. Colui però, che promette, *se curaturum*, che un altro dia, questi promette l'opera sua, e perciò s' obbliga; e se promette, *se facturum*, questi si costringe a dare, purchè quell'altro non abbia dato; *quia nemo facere potest, ut ego habeam, nisi mihi dederit*. Chi per altrui fa ciò, che a se non importa; purchè però colui, per cui si stipola, non sia estraneo, ed in questo caso valida è la stipolazione. Dunque il figlio pel padre, e pel padrone il servo, e per noi, e per i nostri eredi possiamo stipolare, ed Ulpiano scrive, *posse quemquam suæ personæ adjungere heredis personam*. Vale ancora la stipolazione, se taluno stipola per un altro, purchè però importa a se, come se stipola, che si dia al suo creditore, *quia ejus interest, vel pœna committatur, vel prædia distrahantur, quia pignori data sunt*. Vale ancora la stipolazione *alii dare*, purchè s' apponga alla stipolazione la pena, *Titio dare spondes? nisi dederis, decem dare spondes?* Se taluno stipola così *Sejo, & mihi dare decem spondes?* Vale la stipolazione, ma si deve a me il dimidio, a Sejo nulla, *si*

mihi 110. *d. de V. O.* perchè all' estraneo non si può per un altro acquistare l' obbligazione.

Alle volte fa inutili le stipolazioni la persona, come se taluno stipola con colui, il quale è nella sua potestà, *& e contra*, giacchè per legge il padre, ed il figlio si considerano per una sola persona, e perciò niuno può stipolare da se stesso. Nel solo peculio castrense e quasi il figlio di famiglia si considera come padre di famiglia. Il muto ancora, e 'l sordo nemmeno possono stipolare. Gl' assenti, perchè non possono sentire le parole della stipolazione, nè anche possono stipolare. E se taluno ha interrogato taluno presente, e questi, prima di rispondere, parte, diventa inutile la stipolazione, se tornato subito non risponda, *intervallum enim medium non vitiavit obligationem*.

Alle volte ancora fa diventare inutili le stipolazioni la mente de' contraenti, perchè o non possono, o non vogliono acconsentire. Non possono il furioso, e l' infante (1) affatto stipolare, e sot-

(1) *Tre sono i gradi della pupillare età: Infante, prossimo all' infanzia, e prossimo alla pubertà. Dicesi infante, chi non può parlare; siccome all' opposto maggiore dell' infanzia, chi può parlare*, l. 1. §. 1. d. de admin. tut., l. mulier 70. d. de V. O. *L' infanzia vien definita dall' età minore di sette anni, non già dalla facoltà di*

e sotto nome di furioso le leggi hanno compreso il mentecatto. Simile ancora al furioso è il prodigo; questi promettendo non s'obbliga; ma differisce però dal furioso in questo, perchè *stipulando, aut aliter contrahendo sibi acquirit. l. 130.*,

di parlare, l. 18. C. de jur. delib.; *e sebbene l'infante naturalmente parla, pure non intende ciò, che dice. Prossimo all'infanzia dicesi colui, ch'è giunto all'anno settimo, come dice Macrobio* lib. I. de som. Sc. cap. *6.*, anno septimo plene absolvitur integritas loquendi. *Discordano i Dottori nel definire il prossimo alla pubertà. Da Pietro Fabro nella* l. 5. d. de reg. jur. *si richiede compito l'anno duodecimo; Da Oromano l'anno decimoterzo; e da Cujacio si definisce il prossimo all'infanzia colui, a cui mancano sei mesi per chiamarsi pubere. Accursio nella* l. I. d. de novat. *divise il tempo dell'infanzia fino alla pubertà in due parti uguali, cioè prossimo all'infanzia, e prossimo alla pubertà. Chi ha oltrepassato i sette anni fino all'anno decimo e mezzo, dicesi prossimo all'infanzia: Da questo tempo in avanti, chiamasi prossimo alla pubertà. La pupilla maggiore di sette anni fino agl'anni nove e mezzo, dicesi prossima all'infanzia; dopo questa età chiamasi prossima alla pubertà. Altri finalmente lasciano all'arbitrio del giudice il definire questa età, locchè nel diritto sconviene.*

quod d. de V.O. Il prossimo all'infanzia, cioè colui, che ha finito il settimo anno, ed è entrato nell'ottavo per benigna interpretrazione di legge si è ricevuto. Scrivono Cajo, ed Ulpiano, *ut infantiæ proximus idem jus habeat, quod proximus pubertati, puta is, cui ad puberem ætatem tantummodo semestre tempus reliquum est, l. non tantum* 17. *d. de excus. tut.* Cioè, che l'uno, e l'altro rettamente può stipolare, e promettere *auctore tutore*, §. 9. *Inst. h. t.* & *l. obligari* 9. *d. de auct. tut.* Differiscono tra di loro il pupillo, ed il figlio di famiglia impubere, perchè questi, benchè *septennio major*, non si può obbligare, nemmeno coll'autorità del padre, *l. ult.* §. 2. *d. de V.O.* La ragione di tal differenza è questa, perchè il tutore, dice Otomano; *ob rem male gestam tenetur, pater non tenetur*.

Non vogliono poi consentire coloro, che appongono alla stipolazione una condizione impossibile, e non solo impossibile per natura, ma ancora per legge. La cosa però altrimenti si regola nelle ultime volontà. Or la condizione impossibile o è affermativa, o negativa. Affermativa, *si digito cœlum tetigero*. Negativa, *si cœlum non tetigero*; se la condizione è affermativa, inutile è la stipolazione. Se poi è negativa, è utile, ed è pura. Queste stipolazioni, *dare spondes post mortem meam, post mortem tuam dare spondes, pridie quam moriar*,

da-

dabis, anticamente non valevano, perchè le azioni non si trasmettevano all' erede, nè contro l'erede, nè le azioni potevano competere al defonto, nè contro al defonto, locchè è stato abrogato da Triboniano. Utile ancora sempre fu la stipolazione *post mortem alterius concepta*. Dippiù non vogliono consentire colord, che o errano, o burlano, però se nel solo nome della cosa si è errato, purchè si costa del corpo, vale la stipolazione, *l. si in nomine 32. d. de V.O.* Se poi si è nella persona errato, come se taluno volendo promettere Fulvio, ha promesso Cajo, *nihil actum intelligi*, *l. 2. d. de judic.*. Ma se nella materia, come se ho stipolato bronzo, che credev' esser oro, vale ciò, che si è stipolato, *teque mihi ejus æris nomine teneri, quoniam in corpore consenserimus*. Se poi si è errato nella cosa stessa, così che diversa l'ha intesa lo stipolante, e'l promissore, non si contrae niuna obbligazione.

Burlano coloro, che *præpostere stipulantur*, come questa, *si navis ex Asia cras venerit, hodie dare spondes?* ma poichè in grazia della dote tali stipolazioni approvò Leone nella sua costituzione, Giustiniano di poi ammise tutte le stipolazioni prepostere, come se non si fosse fatta menzione alcuna del tempo presente, fossero *in diem*, *vel sub conditione*. Per jus novissimo di Giustiniano il promissore *ex præpostera stipulatione*, puramente s' obbliga per lo

 testo.

testo della *l. 25. C. de testam.*, quando non pertanto dica in quel testo Giustiniano, *ipsum tempus præsens remitti ex actione post conditionem vel diem competente.*

Finalmente la stessa concezione delle parole fa inutili le stipolazioni, se la risposta o nella qualità, o nella quantità differisca dall'interrogazione. Differisce nella qualità, se taluno *pure*, *in diemve, vel sub conditione*, interrogato, non risponde, come sia stato interrogato; nella quantità poi, se interrogato di dare una certa quantità, più, o meno ne prometta. Nell'uno, e nell'altro caso la stipolazione è inutile, e'l promissore non s'obbliga; ma però quando la differenza sia posta nella quantità, Ulpiano insegna, che la stipolazione sia in parte inutile, e che'l promissore sia in parte obbligato; *si stipulanti mihi decem, tu viginti respondeas, non esse contractam obligationem, nisi in decem, constat. Ex contrario quoque, si me viginti interrogante, tu decem respondeas, obligatio nisi in decem non erit contracta: licet enim oportet congruere summam; attamen manifestissimum est viginti, & decem inesse;* ma però questo frammento di Ulpiano per trascuratezza lo ha lasciato Triboniano nelle Pandette. Ma se taluno comprende più cose con una concezione di parole, e'l promissore poi risponde, che sarebbe per darne una, o più; per quelle, che promette, si contrae l'obbligazione. La ragione si è, per-

è, perchè quando una è la ſomma, una ſola è la ſtipolazione, come nel §. 5., e perciò quando la riſpoſta non ſia congrua all' interrogazione, tutta la ſtipolazione ſi vizia: nella ſpecie del §. 18. poi tante ſono le ſtipulazioni, quante ſono le coſe dedotte nella ſtipolazione ſteſſa, e perciò altre ſi poſſono promettere, altre nò.

TIT. XXI.

Intorno a' Fidejuſſori.

PEr diritto Romano nelle cauſe, e ne' giudizj interponevano per gl' altri la fede loro *vindices*, i quali dalle mani degl' attori vindicavano i rei, che ſe non davano il fidejuſſore, ſi portavano *obtorto collo*.

Dice Triboniano *omni obligationi fidejuſſor accedere poteſt* (1), o che l' obbligazione ſi con-

(1) *Nell' obbligazioni aliene avevano gl' antichi Romani diverſe voci. Coloro, che ne' giudizj per altri s' obbligavano, venivano chiamati* vindices, vades, ſubvades; *ne' contratti poi ſi dicevano* fidejuſſores, ſponſores, mandatores, fidei conſtitutæ rei; *ma nelle Pandette ſolamente eſiſtono i fidejuſſori, com' egregiamente oſſerva Salmaſio* de mod. uſur. c. 16.. *Per antico diritto colla*

contrae *sive verbis*, *sive litteris*, *sive consensu*, o che sia civile, o naturale.

Ulpiano dice, *quum rei locum obtineat fidejus-*

la propia autorità poteva il creditore intimare al suo debitore, ambula in jus, *ed in questo caso o doveva il reo andare in giudizio, o soffrire d' essere a forza trasportato nel tribunale dalle mani dell' attore* obtorto collo, *da cui si liberava precedente l' estranea obbligazione di colui, che interponeva la sua fede, e si chiamava* vindex, *e questo liberava dalla sofferta infamia il reo convenuto, come dimostra Festo nella voce* vindex, *che dicesi* ab eo, quod vindicat; quominus is, qui prensus est, ab aliquo teneatur. *Dalle leggi delle dodeci tavole così viene prescritto*; Si ensiet, qui in jus vocatum vindicit, mittito, assiduo vindex assiduus esto: proletatio cuique volet, vindex esto. *Se in giudizio citasi un reo, che rattrova mallevadore, si lascia in libertà; il reo* assiduo, *cioè ricco, che possiede beni, non ha bisogno di sicuro fidejussore; al povero poi si concede qualunque persona o povera, o ricca.*

Doveva il reo chiamato in giudizio dare la satisdazione di presentarsi nel giorno stabilito; questa cauzione militava non solo nelle cause criminali, ma anche civili; Chi per il reo s' obbligava nel giudizio pubblico, chiamavasi Vas; *nel pri-*

jussor in l. potest 4. §.1. *d. b. t.*, ed esso s' obbliga, e lascia l' erede obbligato, e generalmente le azioni, che provengono da' contratti, contro gl' eredi si danno.

Giu-

privato poi Præs *dicevasi*, *come attesta Ausonio nel monosyllab. Idyl.* 12.

> Quis subit in pœnam capitali judicio? Vas,
> Quis cum lis fuerat nummaria? quis dabitur? Præs

E Festo nella voce Vas *dice*, *chè* Vas sponsorem significat, datum in re capitali. *Ma coll' elasso del tempo questa distinzione andò in disuso*; *siccome dimostra Salmasio* de mod. usurar. cap. *6. Chi poi s' obbligava per l' attore*, *chiamavasi* subvas, *che anche così dicevasi*, *chi si comprometteva per l' assicuratore*. *Oggi però sono presso di noi tolte tutte queste differenze*, *locchè avvenne fin da' tempi di A. Gellio*; vide noct. Att. 16. 10.

Sogliono gli uomini accorti ne' loro interessi esiggere dal debitore l' obbliganza d' estranea persona, *che assume a suo rischio il debito contratto*, *e dicesi* fidejussor. *Se dall' impotente debitore s' offre al creditore la sicurezza*, *questo chiamasi* sponsor, *nè questa distinzione*, *rappresenta Salmasio* eod. cap., *è stata osservata nelle Pandette*. *Se col mandato di terza persona si con-*

trae

Giustiniano nella Novella 4. *Cap. I.* fa menzione del benefizio *ordinis*, *seu excussionis*. Questo benefizio consiste in questo, che non prima efficacemente si possa agire col fidejussore, se non prima si è veduto, che 'l reo principale *non est solvendo*. Che se poi il reo è assente, o notoriamente *non est solvendo*, in questo caso cessa il benefizio.

Siegue ora un terzo benefizio dell'Imperador Adriano, *De Confidejussoribus*, cioè coloro, che in una stessa cosa, per uno stesso debitore hanno data la fidejussione, ogn' uno è tenuto *in solidum*, ma tra coloro, i quali *sunt solvendo* nel tempo della contestazione della lite, si divide l'obbligazione per mezzo dell' eccezione, che da essi stessi s'oppone. Or perchè nel tempo stesso della contestazione della lite i fidejussori debbono essere *solvendo*, ne siegue, che se taluno dopo quel tempo *non est solvendo*, la porzione, che si dovrebbe da costui, non s' appartiene agl' altri, *l. inter eos* 51. §. 4. *d. h. t.* Or questa eccezione, che si dice *beneficium divisionis*,

trae un debito, resta il mandante obbligato per la soddisfazione, Inst. §. tua tantum 6. inf. de mandat. *Finalmente* pecuniæ constitutæ reus *dicesi colui, che col patto nudo s' obbliga pagare il debito contratto*. Inst. §. 9. de constit. pecun. inf. de action.

nis, primamente fu introdotta da una lettera di Adriano, e questa per comando dello stesso Adriano fu inserita nell'editto del pretore.

Illud commune est in universis, qui pro aliis obligantur, dice Ulpiano, *quod si fuerint in duriorem caussam adhibiti, placuit, eos omnino non obligari: non enim plus in accessione potest esse, quam in principali re*. Fa deteriore la causa de' fidejussori, o la cosa, ol tempo, o la causa, o il luogo. Per la causa, se si nega al fidejussore l'elezione, o la speranza della liberazione, che il reo ha; le altre abbastanza sono note. Si cerca se il fidejussore ricevuto per maggior quantità all'intutto non s' obbliga, o sia tenuto per quella rata solamente, per la quale è tenuto il reo principale; io coll'autorità di Ulpiano dico, che non s' obbliga, giacchè il detto Ulpiano dice, *fidejussores in duriorem caussam adhibitos non obligari*.

Il fidejussore, se paga qualche cosa pel reo, *mandati aget*, ma è necessario, che ciò si faccia dal fidejussore collo speziale mandato, e col consenso del reo principale. Che se taluno ha dato la fidejussione *pro absente, & ignorante*, a costui compete l'azione *negotiorum gestorum*, se poi *pro invito*, nella *l.ult. C. de negot. gest.* si dispone, che per i negozj amministrati contro voglia del padrone compete al gestore de' negozj l'azione di ricuperare le spese fatte dopo il divieto, poichè non può fingersi contrat-

to,

to, o quasi contratto con chi mal volentieri ne vieta la cura de' propj negozj; Queste disposizioni solamente hanno luogo nel foro esterno, mentre per ragion naturale devonsi al gestore de' negozj prestare le spese fatte non men prima, che dopo il divieto, poichè niuno può straricchirsi coll'altrui danno.

Non potevano le donne nè ne' contratti, nè ne' giudizj interporre per gl' altri la fede loro, perchè non potevano stipolare, *Paull. Recept. sentent.* 2. *n.* 1. Inutili si rendevano le assicurazioni delle donne ne' giudizj, poichè sconvenientissima cosa era l' andar nel foro la donna a trattare gl' altrui interessi; *ecquid hoc exemplum urbi portenderet?* disse *Plutar. in Num.* Sono vietate ne' contratti le fidejussioni delle donne, mentre spetta quest' offizio ai soli uomini dalla legge invitati, *nam sicut moribus civilia officia adempta sunt fœminis, & pleraque ipso jure non valent: ita multo magis adimendum eis fuit id officium, in quo non sola opera, nudumque ministerium earum versaretur, sed etiam periculum rei familiaris, l.* 1. §. 1. *d. ad S. C. Vellejan.*, e *l.* 2. §. 1. *d. eod.*, nelle regole della legge 2. dice Ulpiano, *fœminæ ab omnibus officiis civilibus, vel publicis remotæ sunt*. Costante nel Romano diritto fu questo divieto, al quale non potevano le donne rinunziare; quindi era sicura la donna, o che per gl' altri la sua fede interponeva, o che delusa

lusa veniva nel costituirsi rea dell' altrui obbligazioni per qualunque contratto.

Alla debolezza del sesso facile ad interporsi, senza considerare il futuro pericolo di perdere il dimestico patrimonio, volle il Senato soccorrere, e l' Editto Perpetuo. Sotto l' Imperadore Augusto la prima volta, ed indi ai tempi di Claudio nel consolatò di M. Silano, e Cajo Vellejo Tutore, Console sostituito, fu pubblicato il senatoconsulto Vellejano, col quale si vietavano le fidejussioni delle donne, *l.* 2. §. 1. *d. ad S. C. Vell. Quod M. Silanus, & Vellejus Tutor, Consules, verba fecerunt de obligationibus fœminarum, quæ pro aliis reæ fierent, quid de ea re fieri oportet, de ea re sic consuluerunt: quod ad fidejussiones, & mutui dationes pro aliis, quibus intercesserint fœminæ, pertinet, tametsi ante videtur, ita jus dictum esse, ne eo nomine ab his petitio, neve in eas actio detur, cum eas virilibus officiis fungi, & ejus generis obligationibus obstringi non sit æquum, arbitrari senatum, recte, atque ordine facturos, ad quos de ea re in jure aditum erit, si dederint operam, ut eä in re senatus voluntas servetur.*

Vigilantissima fu la cura del senato nel vietare alle donne il costituirsi ree dell' altrui obbligazioni coll' intercessione, *ne pro ullo fœminæ intercederent*; siccome ancora stabilirono gl' Imperadori Diocleziano, e Massimiano, *l.* 18. *C. h.*

C. h. tit., poichè conobbero l'ordinaria debolezza del sesso femminile non meno nel corpo, che nella mente, e come lieve la sua sperienza nelle cose del mondo, ed a quant' inganni sia esposta la credulità delle donne. Da qualunque sia obbligazione o vecchia, o nuova sono escluse le donne, *l.* 8. §. 1. *d. h. t.* Se l'obbligazione è antica, non può la donna in se questa ricevere o col dichiararsi correa del primo debitore, o di quello fidejussore. Diviene correa, se all'obbligazione del debitore s' aggiunge quella della donna o colla fidejussione, o col costituto, locchè dinota intercessione. Nell'una, e nell'altra specie resta ferma l'antica obbligazione, e s' aggiunge la nuova coll' intercessione, *l.* 1. §. 1. *d. de constitut. pecun.*, come se la donna per altri dà in pegno le sue robe, senz' assumere l' aliena obbligazione, dalla quale vien rilevata dall' Imperadore Alessandro nella *l.* 4. *C. h. t.*, *quod in rerum earum habitis pro aliis obligationibus admissum est*. Inutilmente ancora in se riceve la donna l'aliena obbligazione o coll'espromissione, o col difendere l'estraneo debitore nel giudizio, *l.* 2. §. *ult. d. h. t.*, come se ordina mutuarsi ad uno il danaro, o se coll'intercessione della donna si perfeziona il mutuo, e questa si costituisce rea a prò del creditore, che senza la sua fidejussione non avrebbe mutuato il danaro. Nell'uno, e nell'altro caso dal S.C. è esclu-

è esclusa la donna a poter obbligarsi: *Quod ad fidejussiones, & mutui dationes, quibus pro aliis intercesserint fœminæ, pertinet*. Ma giova quì avvertire, che la cura del senato non fu di solamente proibire alla donna il mutuo, o la fidejussione, ma qualunque genere d' obbligazione, nella quale addivenisse rea con interporre per altri la sua fede, negando l' azione reale, e personale, *omnis omnino obligatio senatusconsulto Vellejano comprehenditur*: *sive verbis, sive re, sive quocumque alio contractu intercesserint*, *l.* 2. §. 4. *d. ad S. C. Vell.*

Nell' intercessione delle donne ricercansi due requisiti, o che obbliga la propia persona, o la roba, poichè se per altri paga, o libera il pegno, non può ripeterlo, *l.* 8. *d. h. t.*: Similmente cessa il S. C., se, per donare a Tizio, prende danaro a mutuo, *l.* 4. *d. h. t.*, poichè il senato volle soccorrere alla condiscendenza della donna facile ad obbligarsi, non già frenare della stessa la liberalità, a cui badò la natura, e la tenacità del sesso, il quale con più facilità obbligasi, che dona. Non milita il S. C., quando per propj interessi con altri la donna s' obbliga, *l.* 95. §. 2. *d. de solut.*, poichè era sconvenevol cosa vietare alla donna di potere con altri contrarre, e proteggere della stessa il dolo, *l.* 30. *d. h. t.*. Quindi chiaramente c' insegna Paolo nella *l.* 1. *d. h. t.*, essere alla donna dal senato vietate tutte le

in-

interceſſioni, nè viene queſta ammeſſa a poterſi obbligare per un' altra donna, perchè uguale è il pericolo, lo ſteſſo il diritto, il quale non ha riguardato l' oneſtà, e verecondia donneſca, ma bensì la leggierezza del ſeſſo; *In omni*, diſſe Paolo *lib.* 2. *ſent. tit.* 11., *genere negotiorum*, & *obligationum*, *tam pro viris*, *quam pro fœminis intercedere mulieres prohibentur*.

Sono dal diritto riprovate tutte le interceſſioni della donna per qualunque contratto, fuorchè in alcuni caſi, ne' quali ceſſa il benefizio del S. C., come ſe la donna s' obbliga per la manomeſſione, *l. penult. C. eod.*; ſe per la dote, *l.* 12. *l. ult. C. eod.*; ſe per il ſuo procuratore, *l.* 13. *aliquando d. eod.*; ſe con dolo abbia ingannato il debitore, *l. ſi decipiendi* 30. *d. eod.*; ſe abbia ricevuto danaro per prezzo della fidejuſſione, *l. antiquæ* 23. *C. eod.*; ſe ſuccede al principale debitore, *l.* 8. §. *plane* 13. *d. eod.*; ſe dopo il biennio con nuovo obbligo abbia confermata la fidejuſſione a prò di eſtranea perſona, non già del marito; poichè ſe replicatamente per il marito ſiaſi obbligata, inutilmente s' obbliga, *auth. ſi qua mulier. C. eod.*; Finalmente ſe abbia rinunziata al S.C., locchè milita ſolamente in due caſi, cioè nella tutela de' figli accettata dalla madre, o dall' ava, *auth. matri*, & *aviæ*. *C. quando mul. tut.*, e nella liberazione di colui, per il quale la donna ſiaſi ob-

obbligata in giudizio, *l. ult. §. penult. d. ad S. C. Vell.*, fuori di questi non puole affatto la donna rinunziare al benefizio della legge, quantunque ne sia stata cerziorata, poichè il diritto consiste nelle cose, non già nelle parole, siccome contro il sentimento de' forensi dimostra *Vinn. Sel. quæst. lib.* 1. *cap.* 48.

TIT. XXII.

Dell' Obbligazione delle lettere.

COloro, che pretendono, che l'obbligazione delle lettere fosse stata a' Romani ignota, e che da Giustiniano, o da qualche altro Imperadore fosse stata introdotta, si smentiscono con un bellissimo luogo di Cajo, il quale dice. *Aut re contrahitur obligatio, aut verbis, aut litteris, aut consensu.* Triboniano propone due obbligazioni delle lettere, un' antica, la quale si diceva farsi co' nomi, di già andata in disusanza a tempi di Giustiniano, un' altra nuova. Nell' antica da moltissimi periti dell' antichità Romana molta fatica si è adoperata; *sed vix quidquam obstrusius.* L' obbligazione delle lettere è quell' obbligazione, che nasce dal privato chirografo, nel quale il debitore confessa d' aver ricevuto, o nò una tale quantità. Si esigge nell' obbligazione delle lettere il privato chirografo, o altra scrittu-

ra, quantunque fatta dal Notaro, ma scritta con comun parere, *Donell. num.* 12., com' anche la confessione del mutuo ricevuto, non già d' altro debito. Devesi nel chirografo esprimere la causa del debito, altrimenti rendesi inutile l'obbligazione. Colui, che confessa d' aver ricevuto ciò, che non mai ha ricevuto, per costituzione di Giustiniano dentro il biennio può opporre l' eccezione del danaro non numerato, e ricevuto. Di questa eccezione ciò è propio, *ut compellatur petitor probare, pecuniam esse numeratam*. Passato poi il biennio deve pagare, anche che fosse pupillo. E giacchè se'l creditore dentro al biennio non agisce, non può il debitore opporre l' eccezione, perciò li s' accordano due rimedj, il primo, che si protesta di non aver ricevuto il danaro, la qual protesta ridotta in scritto, li serve di perpetua eccezione: il secondo, *ut chirographum suum condicat ob caussam dati, caussa non secuta*; *l. 7. C. de non num. pecun.*

TIT.

TIT. XXIII.

Dell' Obbligazioni, che nascono dal consenso.

TRiboniano dice *consensu fieri*, *h. e. perfici obligationes in emptione, locationibus, societatibus, mandatis*. S' aggiunge a queste cose l' enfiteusi per costituzione di Leone, e si dicono farsi col consenso, perchè dal solo consenso delle parti *substantiam capiat obligatio, nec aut scripturam, aut præsentiam, aut rei dationem desiderat*. Col vocabolo della scrittura allude Triboniano all' obbligazioni delle lettere, le quali oltre il consenso richieggono le lettere. Col vocabolo della presenza allude all' obbligazioni delle parole, le quali si contraggono soltanto tra' presenti. Finalmente dice Triboniano *alterum alteri obligari in id, quod alterum alteri ex bono, & æquo præstare oportet*, cioè nasce l' obbligazione *ultro, citroque*, la quale i giureconsulti dissero contratto, *l. Labeo 19. d. de V. S.*

TIT. XXIV.

Della Compra, e della Vendita.

LA compra, e la vendita si può definire, *contractus consensualis* (1), *quo ea agitur, ut mercem venditor, ac certum pretium emptor tradere compellatur*. Triboniano dice, che s'intende contratta la compra, tostocchè si è conve-

(1) *Il fondamento dell' obbligazioni civili è il consenso, senza questo non può fingersi contratto di compra, e vendita, il di cui principio nacque dalle permutazioni, come ci assicura Paolo* l. 1. d. de empt., & vendit., *che si erano, per l'inuguaglianza delle cose, rese difficili tra gli uomini bisognosi di acquistare, ed inventato il danaro fu stabilito questo contratto, nel quale, oltre il consenso, si richiede la cosa per parte del venditore, e'l prezzo per parte del compratore*, cit. leg. 1. h. t.; *Nè la caparra, o la scrittura appartiene alla sostanza del contratto, ma semplicemente, per la futura memoria, dimostrano il perfezionato contratto, il quale si consuma colla tradizione della cosa, e numerazione del prezzo; quindi, perfezionato il contratto, è astretto il compratore coll' azione* ex vendito, *per pagare il promesso danaro, el venditore coll' azione* ex empto *per la consegna della cosa*, tit. Pand. & Cod. de act. empt.

venuto del prezzo, e della merce ancora; Se poi piacque farsi la compra *sub conditione*, o in scritto, non s' intende perfetta la vendita, se non verificata la condizione, o non ritamente si perfeziona l' istromento, e quest' istromento deve farsi secondo la constituzione di Giustiniano: cioè deve scriversi o dalla mano de' contraenti, o se siasi scritto da altra mano, si deve da' contraenti sottoscrivere.

Il prezzo dev' esser certo. Dunque imperfetto è il negozio, dice Cajo, se il venditore dica a colui, che vuol comprare, *quanti velis, quanti æquum putaveris, quanti æstimaveris, habebis emptum*. Che se poi il prezzo si ponga nell' arbitrio di un' altro, così, *quanti Titius æstimaverit*. E Triboniano dice, che in questo caso abbiano gl' antichi disputato, se valida, o nò fosse la vendita. Altri dicevano, ch' era valida, benche Tizio niente avesse arbitrato, perchè l' arbitrio di Tizio non tanto è di Tizio, quanto sembra esser l' arbitrio *boni viri*: Or il prezzo posto nell' arbitrio *boni viri*, dicevano, ch' era certo ne' giudizj di buona fede, *l. si societatem 6. d. pro soc.*, come ancora ne' testamenti, *l. 1. §. 1. d. de legat. 2.* cioè era tanto, quanto quella tal cosa poteva valere secondo la comun' estimazione degli uomini. Nè alla vendita contratta in questo modo vi è inserita alcuna condizione, la quale *nihil arbitrante Titio* mancasse, *quia neque conditio*

 inest

inest boni viri arbitrio, *neque mora*, *l.* 1. §. 1. *d. de leg. t.* 2.. Altri al contrario negavano, che valida fosse la vendita, *nisi Titius arbitraretur*, come se inserita vi fosse una tacita condizione, se Tizio definisse il prezzo, ed il sentimento di costoro ha Giustiano approvato nella *leg. super reb. ult. C. h. t.*, e lo stesso stabilì intorno alla locazione, e conduzione, che molt' affinità hanno colla compra, e vendita.

Fu ancora dagl' antichi disputato, se *sine nummis* potesse valere la vendita, come se taluno dasse la toga per ricevere la tonica. Sabino, e Cassio stimavano, che fosse compra, e vendita; Nerva, e Proculo, permutazione, e questo sentimento di Proculo fu approvato da Giustiniano, e da' Divi Principi anteriori, cioè Diocleziano, e Massimiano nella *l. pen. C. de rer. perm.*

Ora del pericolo, e del comodo della cosa venduta Triboniano propone questa regola di legge, perfezzionata già la vendita, cioè subitochè si è del prezzo convenuto, se *puramente*, & *sine scripto contrahatur*: fatto l'istromento, o verificata la condizione, se piacque farsi in iscritto, o condizionata, benchè della cosa non siasi fatta ancora la tradizione, ogni pericolo, ed ogni comodo s' appartiene in tal caso al compratore, che benchè la cosa sia perita, vien costretto a pagarne il prezzo, nè questo deve accrescere, perchè quella cosa sia

di-

divenuta migliore. Nè ciò è contrario alla ragione naturale, perchè il venditore, tostocchè è perfetta la vendita, ha già coll' animo alienato la cosa, e questa s' appartiene al compratore, non al venditore, ed al compratore perisce, e cresce la cosa stessa. E perchè per diritto Romano il venditore prima di fare la tradizione della cosa è padrone di quella, da ciò non ne siegue, che per diritto Romano la cosa perisce al venditore, perciocchè la cosa perisce *domino*, se lo stesso sia il padrone, ed il creditore: al contrario la cosa alle volte perisce non *domino*, se a costui dal padrone si deve, perchè allora *non dominus creditor est dominus debitor*. Così il pegno perisce al debitore, perchè questi è padrone, e creditore del pegno, *l. 9. C. de pign. act.* Al contrario la cosa legata o promessa, *licet non tradita*, perisce al legatario, o allo stipolatore, *non domino*, *l. si ex legati 23. d. de V. O.* Ma però differente sembra esser stato il sentimento di Africano nella *leg. si fundus 33. d. locat. & cond.*, *si vendideris mihi fundum, isque, prius quam vacuus traderetur; publicatus fuerit, teneris ex empto; quod hactenus verum erit, ut pretium restituas*. Varie sono state le opinioni intorno a cotesto luogo di Africano. Ma lo stesso Africano si disdice nella *l. si soluturus 39. d. de solut.*, la quale è presa dallo stesso *lib. 8. quaestionum*; d' onde è stata ancora presa la

d. l. si fundus 33. , di cui si disputa , dice , che la merce vada in pericolo del compratore, e costui debba ancora il prezzo al venditore . La cosa si scioglie da Antonio Fabro in questo modo . Se la cosa venduta all' intutto non esiste nella natura delle cose , al compratore e la cosa, e il prezzo perisce, perciocchè perfetta è la vendita , e per impedimento della natura stessa non può il venditore fare la tradizione della cosa : Se poi la cosa sia ancora nella natura delle cose , e per qualche causa estrinseca non può farsene la tradizione ; in questo caso è da vedersi, se il venditore abbia azioni da poter ricuperare la cosa , o nò : Se ha azioni , ed è pronto a cederle al compratore, in questo caso si libera , come nella specie del servo, che fugge, o del servo rubato: o non ha azioni da poter cedere , come nella specie della cosa aliena venduta , o nella specie del fondo pubblicato , del quale Africano nel caso nostro, ed allora il compratore perde la cosa , non già il prezzo ; perchè non già per impedimento di natura il venditore non può dare la cosa , giacchè può comprare da coloro , a cui è stato assegnato il fondo pubblicato , o un' altra cosa aliena , e darla al compratore. Il fondo nella specie di Africano è da intendersi pubblicato per sola ingiuria di guerra : Che se poi o per demerito del venditore, o per pubblico uso siasi il fondo pubbli-

blicato, per altra ragione deve al compratore esser salvo il prezzo, perchè la colpa del venditore non noccia al compratore. Queste cose sono vere, purchè però per dolo, o per colpa del venditore non perisca la cosa, e diventa deteriore.

La compra si contrae o *puramente*, o *sub conditione*. Alle volte però la vendita *pura* si risolve *sub conditione*, appostovi alcuni patti, che principalmente sono trè. Il primo *est pactum addictionis in diem*, di cui questa è la formola, *ille fundus centum est tibi emptus*, *nisi si quis intra Kalendas Januarias proximas*, *meliorem conditionem fecerit*, *quo res a domino abeat*. L' altro patto è, *quod commissoria lex dicitur*. I patti sono le leggi de' contratti. *Est autem committere contra quam lege*, *pactove cautum est facere*. La formola della legge commissoria è questa. *Si intra certum diem pecunia soluta non sit*, *fundus emptus esto*; e questa vendita è *pura*, che si risolve *sub conditione*; siccome dice Ulpiano. Il terzo è il patto *de redimendo*, *i. e.* che sia lecito al venditore, o al di lui erede, quando voglia, o trà certo tempo, restituito il prezzo, ripigliarsi la cosa stessa. Nel primo caso si ricerca l' interrompimento dell' uomo, non così nel secondo, nel quale cessa coll' elasso del tempo, *l. si fundus 4. §. ult. d. de leg. commiss.*, *l. magnam 12. C. de contrab. & commit. stipul.*, poichè *dies abun-*

de

de interpellat pro homine. Simile alla legge commissoria è il patto, che sia lecito al venditore, non pagandosi il prezzo dal compratore tra certo tempo, vendere la cosa a danno del primo compratore, se vendesi a minor prezzo, *l. si fundus 4. §. in commissoriam 3. d. h. t.*

Finalmente, giacchè nella vendita deve la merce passare al compratore, è chiaro, che quelle cose, che per natura, o per diritto delle genti, o per costume delle Città sono esenti dal commercio, quali sono le cose religiose, pubbliche, l' uomo libero, non si possono vendere.

TIT. XXV.

Della Locazione, e Conduzione.

LA locazione, e conduzione *est conventio utendi, fruendive, de usu rei ad certum tempus, vel faciendi pro certa mercede* (1). Dalle pa-

(1) *Dalla diversità delle cose nasce la varietà delle voci: Il condúttore de' predj rustici chiamasi* colono; *quello de' fondi urbani*, inquilino; *de' dazj*, gabelliero. *La locazione o è* pubblica, o privata; *colla privata ciascun cittadino loca le cose sue, o le opere per determinata mercede tra' contraenti convenuta. La pubblica locazione con-*

parole *utendi*, *fruendi*, *faciendi*, comprendiamo essere la locazione di due maniere, una delle cose, l' altra de' fatti, o delle opere. Dell' una, e dell' altra diversa è la ragione. Quelle co-

contiene i dazj, le robe del Fisco, e delle Università, le quali si locano all' incanto, come dottamente dimostra Antonio Mattei de auction. lib. 1. cap. 3. *Presso gl' antichi Romani erano in grande onore stimati i gabellieri, in guisa che Cicerone* pro leg. Manil. *chiama costoro* honestissimos viros, & firmamentum cæterorum ordinum; *ma col decorso del tempo dalle straniere nazioni furono riputati pestiferi, ed infami, anzi di poi resi odiosi agli stessi Romani, furono le loro società dichiarate temerarie*, magnæ audaciæ, magnæque temeritatis esse dicuntur publicanorum factiones, l. 12. d. de public., & vectigal. *Si locavano da' Censori nella Italia, e nelle provincie a quinquennio le gabelle, e le opere pubbliche*, l. 3. §. 6. d. de jur. fisc., l. 7. C. de locat. *Alle gabelle appartenevano le rendite de' fondi tolti a' nemici, e secondo la diversità de' predj diverso nome riportavano, come dimostra Pietro Burmanno* de vectigal. Pop. Rom., *e secondo la varia obbligazione, che contraevano, diverso nome avevano, cioè altri si chiamavano* Mancipes, *che erano i capi de' gabellieri, i quali a loro rischio esiggevano da' socj i dazj; Altri* Præ-

cose, che sono in commercio, si possono locare. Ulpiano ne eccettua la servitù de' predj. De' fatti, altri possonsi locare, altri nò. La dignità delle arti liberali fà si, che chi l' esercita, *accepta pecunia*, non si dice, che le loca, *sed beneficii loco præbere operas*. Le opere degl' altri veramente si locano, *si id agitur*, *ut locentur*. La cosa si fa chiara cogl' esempj. Se per certa mercede fai a me qualche cosa nella cosa mia, cioè se coll' oro mio fai l' anello, o dipingi nella mia tavoletta, è locazione dell' opera tua: *L. Sabinus 20.*, *& leg. Convenit 65. d. de contrab. empt.* Se per certa mercede fai qualche cosa nella cosa tua, bisogna vedersi, se l' opera tua viene a me, o nò. Se viene a me, come se tu mi fai l' anello dall' oro tuo, o mi dipingi nella tua tavola, è vendita: Se poi non viene a me, come se io ti dò,

Prædes, *che obbligavansi al popolo*, *ed interponevano la loro fede*; *altri finalmente erano* Socj *chiamati a parte del danno*, *e del lucro*, *come dimostra Carlo Sigonio* de ant. jure civ. Rom.; *Da tutti indifferentemente avanti la pubblica asta si facevano le locazioni*, *ed Ovidio de Ponto* 4. 5. *disse*:

At populi reditus positam componat ad hastam
E nel vers. 139.
Nunc longi reditus hastæ supponere lustri
Credet, & exacta cuncta locare fide.

dò, acciò manometti il servo tuo, è contratto innominato, *do ut facias*, *l. naturalis* 5. §. 2. *d. de præscrip. verb.* Se finalmente fai qualche cosa per certa mercede nella cosa nè tua, nè mia, come se ti dò, acciò in mio nome ti porti in Capoa, è ancora contratto innominato, *do ut facias*, *l. si pecuniam* 5. *d. de condict. caus. dat.* Nella locazione ciò è perpetuo, che il locatore sia colui, che dà *utendum*, *faciendumve*, chi poi *accipit* è il conduttore. Abbiamo l' azione *locati*, & *conducti*, e l' azione *locati* al locatore, e l' azione *conducti* si dà al conduttore. Nell' azione *locati* vengono la restituzione del possesso della cosa locata, la soluzione della mercede, e tuttocciò, che importa, *l.* 25. & *l.* 28. §. 6. *d. h. t.*, nell' azione *conducti* vengono l' uso della cosa, ciocchè si è speso necessariamente, ed utilmente, e generalmente ciocchè importa al conduttore, *l. si tibi* 7. *l.* 8. *l.* 9. & *l. dominus* 55. §. 1. *d. eod.* Alla compra quasi simile è la locazione, e colle stesse regole si spedisce, perciocchè siccome la compra si contrae, se si è convenuto del prezzo, così la locazione, se si è convenuto della mercede. Nella compra si dice prezzo, che è l' estimazione della cosa: nella locazione mercede, la quale è il prezzo dell' uso.

Dippiù certa dev' essere la mercede, siccome il prezzo nell' arbitrio di un certo uomo può con-

conferirsi, così ancora la mercede. Se l' uso della cosa si dà *nulla mercede*, è commodato: Se l' opera gratuitamente si presta, è mandato. Se a taluno qualche cosa si dà a fare, come al cavamacchie a polire la veste, o al sartore a farcire la veste con tale legge, che si dia tanta mercede; quanta siasi convenuta trà contraenti, è contratto innominato, *facio, ut des*, onde compete l' azione, *præscriptis verbis*. Finalmente deve la mercede consistere *in pecunia numerata*, siccome il prezzo, e perciò, dato l' uso vicendevolmente delle cose, piacque non esser locazione, perchè la mercede non consisteva *in pecunia*, ma contratto innominato, d' onde l' azione *præscriptis verbis*. Nè osta il rescritto di Diocleziano, e Massimiano nella *l. Olei* 21. *C. h. t.*, che parla de' frutti locati con certa ponderazione d' oglio, perciocchè è jus singolare ne' campi locati, che una certa quantità de' frutti sia in luogo della mercede. Questo diritto sul principio era sito ne' costumi, poi fu confermato da legge certa; e fece questa venir fuori l' utilità, ed il comodo de' contraenti.

Possono locarsi le cose tutte sì corporali, che incorporali, poste nel commercio degli uomini. Per diritto Romano non si potevano locare a' soldati, o curiali i predj rustici, *l. si ignorans* 50. *d. h. t.*, *l. curialis* 30. 31. & *ult. C. h. t.*; Le servitù senza i fondi, ne' quali si

si esercitano, inutilmente si locano, *l. locare 44. d. h. t.* Le cose aliene utilmente si locano, poichè colla locazione non si muta dominio, *l. non solet 39. d. h. t.*; Quindi il fruttuario può locare i fondi, *l. arboribus 12. §. usufructuarius 2. d. de usufru. & quemadm. quis utatur*; l' abitatore loca l' uso spazioso delle case legate, *l. ceterum 4. d. de usu, & habit.* Colui, che possiede i fondi alieni col patto anticretico, (cioè *a godere*), può questi locare non solo agl' estranei; ma anche agli stessi padroni, nè osta l' assioma, che non si dà conduzione della cosa propia, *l. neque pignus 47. d. de reg. jur.*, poichè milita questo, quante volte la cosa nostra è ad altri obbligata in guisa, che non si riguarda come conduzione di roba propia, ma di roba aliena. Non si vieta al primo conduttore locare ad altri o tutta, o parte della cosa locata, *l. nemo prohibetur 6. C. h. t.*, purchè non osta il patto tra contraenti stabilito; o che il secondo conduttore abbia condizione diversa dal primo nella cosa locata; con destinarla a differente uso; o che il conduttore colono del fondo sia parzonale, dividendo i frutti del campo col padrone, non può questo senza volontà del padrone sostituire nella società altro colono, *l. si merces 25. §. vis major 6. in fine d. h. t.*

Nel tempo stabilito si deve pagare le determinata mercede o in danaro, o in certa quanti-

tità de' frutti giusta la convenzione fatta. Il colono parzonale nel caso di sterilità non può domandare escomputo dell' estaglio, poichè soffre egli lucro, e danno col padrone del fondo, *l. si merces* 25. §. *vis major* 6. *d. h. t.* Ma per l' insolita sterilità de' frutti compete al conduttore l' escomputo della mercede, *cit. l.* 25., e questo si computa per la rata di mercede dovuta nell' anno sterile, mentre tante sono le locazioni, quanti sono gl' anni. Finito il tempo della locazione non può il conduttore continuare contro la volontà del padrone; ma alcune volte col tacito consenso sembra confermata la locazione, la quale varia secondo la diversità de' fondi. Ne' predj rustici dalla natura de' frutti dipende la tacita riconduzione *l.* 13. §. 11. *d. h. t.*; mà ne' fondi urbani, o nell' uso de' giumenti, o de' servi per diritto Romano fu stabilito, che ciascuno è obbligato alla mercede per quel tempo, che ha abitato, o si è servito del giumento, o dell' opera del servo, *cit. l.* 13., purchè altrimenti non abbiano i contraenti convenuto nella prima locazione colla scrittura; *nisi in scriptis certum conductionis tempus comprehensum sit*, come dice Ulpiano, nel qual caso è obbligato il locatore osservare la legge della convenzione. Similmente durante la locazione non può il conduttore prima del tempo esser' espulso dal possesso della cosa locata. Ma nel diritto s' osserva, che in

al-

alcuni casi può il conduttore intempestivamente essere discacciato, come se per uso propio, e questo non affettato, deve la casa servire; se ha bisogno di necessaria restaurazione; se si abusa della casa locata; o non paga il convenuto pigione, *l. æde quam 3. C. h. t.*

In questo titolo abbiamo fatto due volte menzione dell' azione *præscriptis verbis*. Questa viene da' contratti innominati, e si dice azione *præscriptis verbis*, *quod præscriptis verbis gestum demonstret*, come dice Alessandro nella *l. quum mota 6. C. de transact.* Le altre azioni, perchè vengono da' contratti, che hanno il propio nome, dal solo nome preso dagli stessi contratti dimostrano, ciocchè si è trattato, come le azioni *commodati*, *depositi*, *empti*, *venditi*, *locati*, *conducti* &c.

Or che la vendita alla locazione, e questa a quella sia quasi uguale, ci è d' argomento un' antica disputa de' giureconsulti, se vendita fosse, o locazione, se a taluno si dasserò i predj perpetuamente a godere; con tal legge, che per quel tempo, che si pagasse l' annua pensione al padrone, a costui non fosse lecito da colui o conduttore; o compratore, e dall' erede di esso, o da colui, che nel luogo di quest' altro è sottentrato, ripigliarsi i predj. E poteva sembrare locazione, perchè in quel contratto non si trattava, che, pagato una volta un certo prezzo, passasse il dominio, locchè

trattasi nella vendita ; ma si trattava, che pagata una cert' annua pensione, si trasferisce l' usofrutto. Poteva sembrare vendita, perchè chi riceveva i predj, non solamente di quelli si serviva, e godeva, ma quelli predj nell' erede, ed in altro qualunque col titolo di vendita, di donazione, di dote, o d' altro simile, data a colui l' utile azione *in rem*, si trasferivano. Altri dicevano, che non era locazione, sì perchè i Romani non facevano locazione in *perpetuum*, ma a certo tempo, e per cinque anni, sì perchè trasferiva un diritto *multo plenius usufructu*: e nemmeno era vendita, perchè non si trasferiva un vero dominio. Finalmente Zenone definì esser quello un contratto tra la locazione, e la vendita, cioè *enfiteusi* (1), il qual nome fu istituito sin da' tem-

(1) *La voce* emphyteusis *nasce dal Greco*, *e significa la piantagione*, *e cultura de' sterili*, *ed infruttuosi poderi*, *che si concedevano a migliorare o perpetuamente*, *o a tempo determinato*. *Nel principio l' enfiteusi fu stabilita solamente ne' predj rustici*, *ma col decorso del tempo fu distesa*, *per pubblico*, *e privato vantaggio*, *a' fondi fertili*, *ed urbani*. *Quindi spesse fiate nel diritto Romano si fa menzione degl' edificj enfiteuticarj*, l. 15. § 26. d. de damn. infect.. *Nelle Pandette*, tit. si ager vectig. idest emphyteut. pet., *i cam-*

tempi di Costantino. Molte sono le propietà dell' enfiteusi. Se la cosa tutta perisce, al padrone perisce, se poi in parte, all' enfiteuta, il quale non pertanto presterà intiero il canone. Nell' enfiteusi si paga la pensione in ricognizione del dominio, non già per i frutti, come nella locazione. L' enfiteusi si fa col

i campi enfiteutici si chiamano vectigales *per l' annua prestazione, che dall' enfiteuticario si corrisponde al padrone diretto. Presso gl' antichi Romani la voce* vectigal *significava non solo le rendite della repubblica, ma anche de' privati.* Non esse emacem, *disse Cicerone*, paradox. *6.* 3., vectigal est, *e Paolo* senten. 3. *6. chiama la vendita degli stessi fondi* vectigal; *anzi, siccome osserva Schiltero* exerc. 16. *§. 66., non prima di Costantino furono in questo contratto introdotti i vocaboli di* enfiteusi, *e* canone. *Ma ne' tempi posteriori si dicevano* emphyteutici *i fondi de' privati;* vectigales *poi quelli della repubblica, o de' municipj con condizione di corrisponderse l' annuo canone*, l. 1. d. si ager vectig. pet.; *quantunque la voce* vectigal *significava le pubbliche rendite, siccome dimostra Pietro Burmanno* de vectigal. pop. Rom. cap. 1. & seq.. *Nell' enfiteusi un diritto immediato al dominio s' acquista dall' enfiteuta, che dicesi* dominio utile, *con restar fermo presso l' assoluto padrone il* dominio diretto.

solo consenso; non ci è bisogno di scritto, essendo contratto di buona fede. Dippiù i predj si danno perpetuamente a godere, *unde jus perpetuarium*, & *perpetuarii conductores*: Se poi l'enfiteuta per trè anni non paga la pensione, e nelle cose Ecclesiastiche per due anni, può il padrone ripigliarsi i predj, purchè altrimenti non si sia convenuto. Finalmente se vuole l'enfiteuta trasferire ad altri il suo jus, deve denunziare ciò al padrone, e se ciò non fa, *jure suo cadet l. 3. C. de jur. emphyt.* La denunzia a ciò serve, che se l'enfiteuta vende il suo jus, il padrone tra due mesi dalla denunzia offerendo lo stesso prezzo si preferisce: ed elasso detto tempo può l'enfiteuta trasferire ad altri il suo jus, con esiggere il padrone diretto dal nuovo enfiteuta la quinquagesima parte del vero prezzo, la quale con voce barbara chiamasi *laudemio*.

Finalmente il conduttore deve prestare *omnia secundum legem conductionis*, cioè secondo i patti apposti nella conduzione. Dall'enfiteuta si richiede da Cajo, e Triboniano tale diligenza, *qualem diligentissimus paterfamilias suis rebus exhibet*.

TIT.

TIT. XXVI.

Intorno alla Società.

LA società così si definisce, *est contractus, quo res, aut operæ duorum, pluriumve in commune conferuntur, ita ut commune sit lucrum, aut damnum*. Di questa fa Triboniano due specie, una *totorum*, cioè di tutti i beni, l' altra di una certa negoziazione, *veluti mancipiorum emendorum, vendendorumque*. Poteva però Triboniano a queste due aggiungere due altre, la prima della parte de' beni solamente, l' altra *universorum, quæ ex quæstu veniunt; venit autem ex quæstu, quod ex opera cujusque descendit*. Hò detto, che nella società comune dev' essere il lucro, e comune il danno. Se delle parti del lucro, e del danno niente nominatamente si è convenuto, queste debbono essere uguali; però nella società si deve avere una geometrica proporzione, onde è cosa giusta, che chi *plus contulit, eum plus ferre, l. quid enim* 80. *d. h. t.* Vale ancora la convenzione, se uno de' socj abbia due parti di lucro, ed una terza parte di danno, e l' altro due parti di danno, ed una terza parte di lucro, purchè però, secondo dice Servio Sulpizio, uno mette il danaro, e l' alro col danaro l' opera sua; ed in questo senso l' ammise Ulpiano dicendo, *si placuerit, ut quis duas partes, vel*

tres habeat, *alius unam*, *an valeat? Placet valere*, *si modo aliquis plus contulit societati vel pecuniæ*, *vel operæ*, *vel cujuscumque alterius rei*. Si può ancora così fare la società, che uno metta il danaro, e l' altro l' opera sua, e comune sia il lucro, ed il danno; e tanto vale l' opera di uno, che contro di Scevola si è conchiuso potersi convenire, che uno abbia una parte del lucro, e non sia tenuto al danno, *l. 29. h. t.* Lucro s' intende ciocchè, dedotto il danno, resta. Iniquissima poi è quella società, che uno abbia il solo lucro, l' altro il solo danno, e si dice *leonina*.

Per certi modi si scioglie la società. Il primo è il dissenso de' socj. La società ha qualche cosa di particolare, perciocchè gl' altri contratti allora per una contraria volontà si sciogliono, quando la stessa è la volontà di tutti, e la cosa *adhuc est integra*, cioè *quum nihil eorum*, *quæ præstari debent*, *est adhuc præstitum*: ma nella società benchè la cosa *non sit integra*, cioè di già siansi posti i beni in comune, può anche uno de' socj, anche che gl' altri non diano il consenso, uscire dalla società, §. 4. *Inst. h. t.*, *l. actione 65. §. 3. d. eod.* E Seneca dice, *quum visum fuerit*, *distraham cum illo societatem*. E ciò tanto è vero, che anche siasi convenuto *de societate in perpetuum coëunda*, cioè finchè vivono i socj, o che non possa taluno de' socj uscire dalla società, ciò

non

non ostante può taluno liberamente sciogliere la società, e Diocleziano, e Massimiano nella *l. 5. C. comm. div.* dicono, *neminem posse in societate compelli invitum detineri*. Però cotesto arbitrio del socio dev' essere dentro i limiti dell' equo, e del giusto. Ed importa vedersi, se il socio *tempestive*, *& bona fide*, *an intempestive*, *& dolo malo* rinunzia alla società: Nel primo caso si scioglie ogni forza d' obbligazione, nel secondo caso a tutto il danno, che dallo scioglimento della società per sua causa è avvenuto, sarà esso solo tenuto, e se ha fatto lucro, è tenuto a comunicarlo, come se fosse stato nella società; alla parte del danno, che hanno sofferto i socj, sarà tenuto, e non verrà alla parte del lucro. L' esempio dell' intempestiva rinunzia è questo, *si emimus mancipia inita societate, deinde renuncies mihi eo tempore, quo vendere mancipia non expedit*. L' esempio della dolosa rinunzia è questo, *si quum omnium bonorum societatem inissemus, deinde quum obvenisset uni hereditas, propter hoc renunciavit*. Il secondo modo, per cui si scioglie la società, è la morte del socio, la società a differenza dell' altre obbligazioni, non passa all' erede, §. 5. *Inst. h. t. & l. societatem* 4. §. 1. *d. eod.* Se n' eccettua la sola società de' vettigali, la quale passa nell' erede, *l. adeo* 59. *h. t.*, a cui non osta la *l. verum* 63. §. 8. *ex sententia Jac. Cujacii obs. X.*, 25. L' uomo muo-

re non solamente colla morte naturale, ma anche colla massima, e media deminuzione del capo. Il terzo modo è la povertà; Il quarto modo è il fine del negozio, se si è contratta la società di una certa cosa.

Da questo contratto nasce l'azione *pro socio* diretta all'uno, e all'altro; perchè uguale dev'essere la condizione di tutti i socj, e Paolo dice, *pro socio actio magis ad personales invicem præstationes pertinet, quam ad communium rerum divisionem*. Per dividere le cose si dà l'azione *communi dividendo*, la quale è mista. L'azione *pro socio*, la quale è personale, solamente s'appartiene alle vicendevoli prestazioni personali, le quali *in lucro, damno, atque impensis versantur*.

Difficile, ed intricata riesce tra valentissimi giureconsulti l'interpetrazione della *legge 69. d. pro socio; cum societas ad emendum coiretur, & conveniret, ut unus reliquis nundinas, id est, epulas; præstaret, eosque a negotio dimitteret; si eas eis non solverit, & pro socio, & ex vendito cum eo agendum est*. Il dottissimo Giacomo Cujacio, *lib. 4. obser. cap.* 17., sinceramente confessò niente di certo poter stabilire su questa legge; or dunque la stessa sorte a me tocca di semplicemente seguire le orme altrui, sebbene rampicandomi, mentre a tal punto mi sprona l'Imperador Giustiniano nella Costituzione *de conceptione digesto-*
rum

rum C. Theod. tit. de resp. prud., con rinovare le sentenze degl' antichi giureconsulti: *ut ex iis ea sumantur, quæ ad repletionem summi, & admirabilis ingenii necessaria esse videntur: cum possit unius, & forsan deterioris sententia & multas & majores in aliqua parte superare.*

Gl' antichi glossatori supposero in questa legge la vendita alla società unita con condizione, che uno de' socj abbia il peso di somministrare agl' altri le vivande per determinato prezzo, con essere compratori quei socj, a' quali si sono le giuste prestazioni somministrate: al contrario, venditore colui, a cui tal peso è ingionto, con potersi convenire *& pro socio, & ex vendito*. Ma Ulpiano semplicemente dice, che uno sia obbligato di dare a' socj *epulas, idest nundinas*, non già che i socj siano tenuti di vicendevolmente somministrare determinata quantità di danaro, al che non sono obbligati per le seguenti parole secondo la varia lezione, *eosque ad negotium dimitteret*. Quindi deducesi, che chi s' obbliga somministrare a' socj *epulas*, deve lasciare gl' altri socj addetti al negozio, e coloro che negoziano per la società, devono soddisfare il prezzo delle vivande. Piacque ad Accursio di tenere questa lezione, *eosque a negotio dimitteret*, cioè *a negotio præstandarum epularum*, le quali, secondo la convenzione, erasi obbligato il socio di somministrare.

Os-

Osserva l' eruditissimo Cujacio non esservi alcun contratto di compra tra' socj ; i quali hanno formata società per comprare ; nè al socio compete l' azione *ex vendito* contro il socio , anzi così legge , *eosque ad negotium dimitteret*, poichè per qual fine, non soddisfatte le vivande , deve darsi l' azione *ex vendito*, la quale non compete a' socj ; ma bensì al venditore, che ha venduto la cosa, per la di cui compra si era formata la società . Nè per la stessa ragione si dà l' azione *pro socio* .

Da Antonio Fabro ravvisasi in questo contratto una mescolanza di società, e di compra, poichè i socj destinati al negozio sono tenuti di dare allo stesso il prezzo delle vivande , e negl' acquisti fatti col negozio partecipano tutti i socj , *l. si quis societatem* 74. *d. h. t.* , locchè milita nella generale , non già particolare società . Finalmente altri credono inutile la parola *epulas* , e leggono *empolas* o *empulas* , e di questa voce differente è il significato . Guglielmo Fornerio *tit. de V. S.* ; e Radulfo , *libro rer. quotidian.* , giudicano , che *empola* significa il lucro acquistato col negozio . Ciò posto , fingono un socio obbligato di somministrare agl' altri queste empule , gl' altri poi negoziare per la società ; e così alla società communicare il lucro del negozio . In ambedue i casi competono a' socj l' azioni *pro socio*, & *ex vendito*, cioè *ex empto* . Similmente em-

po-

polas legge Salmasio, e dice significare il danaro destinato al negozio, che devesi dal socio somministrare a tutti i socj occupati nel negozio, locchè mancando, è questo tenuto *pro socio*, *&* *ex vendito*; ma non dimostra, perchè questo socio dev' essere obbligato con due azioni. Ostano benvero al sentimento di Salmasio i codici greci, e latini; poichè se Ulpiano avesse con questa legge voluto significare, che un socio foss' obbligato di somministrare nel negozio danaro, mettendo altri la propia industria, l' avrebbe espressamente disposto, come nella *l. 7. d. h. t.*; nè prova con alcun' autorità il significato della voce *empola* essere il prezzo della merce, anzi da Suida, e da Esichio si prende la voce *empula* per significare lo stesso contratto di compra, e guadagno del negozio.

Or dunque per procedere con ordine nell' intelligenza di questa legge, è necessario leggere il testo di Ulpiano secondo l' edizione delle pandette Fiorentine, *nundinas, idest epulas, præstaret, eosque a negotio dimitteret*, e premettere varie nozioni: Primieramente devesi osservare, cosa abbia voluto intendere Ulpiano nelle parole, *cum societas ad emendum coiretur*; Secondo, in qual senso adopera il giureconsulto la voce *nundinas, idest epulas*; Terzo, perchè colui, che somministrato avesse le vivande, poteva licenziare i compagni dalla socie-

cietà ; e finalmente, perchè *non ſolutis epulis*, competono le azioni *&* *pro ſocio* , *&* *ex vendito* .

Accortemente Ulpiano dice contrarſi la ſocietà ſolamente a comprare, non già a vendere, e comprare, poichè la ſocietà fatta a comprare comprende certo, e determinato negozio, e, queſto perfezionato, finiſce la ſocietà ; di queſte ſocietà eſiſtono varj eſempj nelle Pandette, *l.* 58. §. 1., *l.* 52. *cum duobus in princ.* *&* §. *ſi quis ſocietatem* 11., *l. actione* 65. §. *ſi quis rem certam* 2. *d. pro ſocio* : Ma la ſocietà a vendere, e comprare contiene varj negozj , quali terminati, ſi ſcioglie la ſocietà, nella quale uno può dare il danaro , e l' altro impiegare la ſua opera, che ſpeſſe volte contribuiſce alla ſocietà maggiori vantaggi , che non dà il danaro ſterile di ſua natura , *l. ſi non fuerint* 29. *d. h. t.* , §. 2. *Inſtit. de ſociet.* , *quia ſæpe opera alicujus pro pecunia valet* .

In fuori dell' ordinario ſignificato ſi è preſa dagli ſcrittori la voce *nundinæ* o per il luogo del negozio ; o per quel picciolo lucro ſolito di eſiggerſi da' negozianti per oggetto delle loro merci , *l.* 3. §. *ult. d. de feriis* , *&* *l. un. C. de nund.* , e S. Cipriano nella *let.* 2. uſa la voce *nundinas* per lo ſteſſo contratto di compra, e guadagno del negozio , *aut gratificantur* , *aut illicitæ negotiationis nundinas aucu-*

cu-

cupantur. *Nundinæ* si dicevano presso i Romani le pubbliche fiere, o mercati, che si facevano di nove in nove giorni, e dove le genti dalla campagna venivano per vendere, o provvedersi di quanto loro faceva bisogno. Si celebravano queste fiere con gran solennità, e lauti banchetti, nè si fa giorno festivo senza convito, onde diconsi *epulæ* i solenni conviti, e si prendono per ogni sorte di mangiare. Da Socrate nel Panegirico abbiamo, che nelle fiere si facevano i banchetti; quindi il giureconsulto Ulpiano nella cit. legge largamente usa la voce *nundinas pro epulis*, siccome nel diritto Romano sponsali si chiamano le promesse delle future nozze, *l*. 1. *d. de sponsalib.* e le sponsalizie largizioni; e perchè ne' sponsali si celebravano i solenni conviti, Cicerone nella lettera al fratello Quinto, partecipandogli i sponsali della figlia, scrive di aver dato i sponsali a Crassipedo, cioè il pranzo, che suole il padre della sposa dare allo sposo. Sicchè dunque non è meraviglia, se Ulpiano prende i mercati per i conviti, che solevansi dare nelle fiere, nè questa prestazione è illecita, e vietata, siccome si dispone nella *l*. 3. §. *ult. d. de feriis*, ma è permessa, e confermata dal costume de' negozianti, i quali, siccome insegna Festo, prendevano da' venditori una determinata prestazione di cibo, o di danaro, locchè anche osservasi nella *l. Ædiles* 25., §. *prætere-*

rea,

rea l. debet d. de Ædilit. edict.

Dalle cose fin quì dette posso ragionevolmente dedurre, che le prestazioni delle vivande non sono riprovate dalla legge. Sicchè si convenne tra socj, che uno fosse obbligato di somministrare agl' altri socj questi conviti, che i compratori sono tenuti di dare a' venditori, com' aumento del prezzo, o che solevano promettere nello stesso contratto, o che nascevano da tacita obbligazione, *l. 31. quod si nolit §. quia assidua d. de Ædil. edict.*. Il socio è obbligato di somministrare il pranzo a tutti i socj, ed al venditore, a di cui oggetto si è fatta la convenzione; e finito il negozio devono i socj per rata del negozio soddisfare al socio destinato le spese del convito fatto, e si astringono coll' azione *ex vendito*, *l. justissimæ §. 1. d. de Ædil. edict.* Perfezionata dunque la compra, e sciolta la società a comprare, nascono le azioni *ex vendito* per domandare da' socj le spese del convito, quali soddisfatte vengono liberati i socj da ulteriore obbligazione, siccome dice Ulpiano *eosque a negotio dimitteret*, giusta la lezione delle Pandette Fiorentine, non già devesi leggere *ad negotium dimitteret*: con molta eleganza si servì il giureconsulto di questa frase, mentre nel diritto spesse volte si dice *dimittere creditores*, quando i debitori col pagamento estinguono i loro debiti.

Ecco dunque chiara l' intelligenza della cit. leg-

legge *69*. Tre socj convennero a nome della società comprare certe, e determinate cose con legge, che il terzo fosse obbligato di dare, perfezionata la compra, al venditore, ed a' socj un banchetto, che tutti e tre i socj per rata del negozio sono tenuti fare al venditore, ed a' socj: e con questa prestazione vengono sciolti il primo, el secondo socio dal negozio comune, che si è eseguito dal terzo socio. Se le cose convenute a comprare si sono acquistate dal primo, e dal secondo socio, deve il terzo adempire alla prestazione delle vivande: e così la società a comprare è già finita, resta solamente, che il terzo dia il promesso convito, che ricusa fare; e richiesto il giureconsulto con qual' azione dev' astringersi il terzo socio, rispose, che compete indifferentemente a' socj l' azione *ex vendito*, & *pro socio*. E la ragione di tale disposizione si è, perchè la convenzione riguarda l' offizio del primo, e del secondo socio, non già del terzo, il quale *nomine proprio* si è obbligato di dare le vivande al venditore, e render' esenti i socj da questa prestazione. Ma ne' contratti, e nell' azioni si deve considerare, se si è fatto ciò, che tra contraenti si è convenuto, *l.* 11. *ex empto* §. 1. *d. de act. emp.*; il primo socio, el secondo semplicemente convennero di comprare per la società, nè coll' azione *pro socio* possono obbligare il terzo socio a soddisfare le

vi-

vivande promesse al venditore *proprio nomine*; nè senza cessione di ragione possono convenire il socio renitente, se non che nel caso, che (quasi comprata l' azione) i due primi socj abbiano adempiti alla convenuta prestazione a prò del venditore, ed allora possono questi contro il socio agire coll' azione utile, restando l' azione diretta presso il venditore, *l. si cum emptore* 16. *d. de pact.*, *l.* 1. §. *etsi forte d. de tut. & ration. distrab.*. Tutte le azioni contengono certi modi particolari, e certe cause, le quali sono soggette a mutazioni per consenso delle parti, *l.* 27. *d. de R. J.*, nè dunque senza mandato, o cessione del venditore possono i due socj agire contro il terzo, nè colla società ha sofferta alterazione alcuna l' obbligazione contratta dal terzo socio *& ex vendito*, *& pro socio* alla prestazione delle vivande in suo favore, e de' compagni. Questa interpretazione a me sembra la più convenevole, ed attendo, che altri la migliorano in appresso.

TIT.

T I T. XXVII.

Intorno al Mandato.

IL mandato così viene definito, *est conventio, qua quis rogatus alienum negotium suscipit gratuito gerendum*. Questo tira la sua origine dall'offizio, e dall' amicizia (1), e si contrae in

(1) *Dalle leggi dell' amicizia, e dell' amorevolezza nacque il mandato, poichè sono gli uomini da se stess' insufficienti a potere disimpegnare tutt' i propj negozj, a' quali richiedono lo scambievole offizio degl' amici: chi manca alla promessa fede, s' oppone alla comune sicurezza, e disturba la vita sociale, nella quale l' opera vicendevole degl' amici soccorre a' bisogni degl' altri. Egregiamente a quest' oggetto scrisse Cicerone* pro S. Roscio Amerino cap. 38.. Quid recipis mandatum, si aut neglecturus, aut ad tuum commodum conversurus es? cur mihi te offers, ac meis commodis officio simulato officis, & obstas? recede de medio; per alium transigam. Suscipis onus officii, quod te putas sustinere posse: quod minime videtur grave iis, qui minime ipsi leves sunt. Ergo idcirco turpis hæc culpa est, quod duas res sanctissimas violat, amicitiam, & fidem. Nam neque mandat quisquam fere, nisi amico; neque credit,

in cinque modi, *sive sua tantum gratia aliquis tibi mandet, sive sua, & tua, sive aliena tantum, sive sua, & aliena, sive tua, & aliena.* Della cosa turpe non vi è mandato, e chi ha adempito al turpe mandato, niente conseguirà col giudizio del mandato. Ma se il mandato non

dit, nisi ei, quem fidelem putat. Perditissimi est igitur hominis, simul & amicitiam dissolvere, & fallere eum, qui læsus non esset, nisi credidisset. *Nel principio non partoriva il mandato obbligazione alcuna*, l. 1. §. 4. d. mand. vel cont., *siccom' era nel precario*, l. 14. d. de præcar.. *Presso gl' antichi uomini religiosamente veniva osservata la promessa fede, al di cui simbolo dedicarono la destra mano, siccome dice Isidoro*, lib. 4. origin. cap. 4.: *chiamasi mandato dalla dazione della mano, la quale si dava nel domandarsi dall' amico l' osservanza della fedeltà nel commesso negozio, e Plauto*, captiv. act. 2. sc. 3. v. 82., *ne somministra l' esempio di questo rito.*

Hæc per dexteram tuam, te dextera retinens manu
Obsecro, infidelior mihi ne fuas, quam ego sum tibi.

e Terenzio, Heaut. act. 3. sc. 1. v. 84.

Cedo dexteram; porro te idem oro, ut facias, Chreme.

La

non è turpe, e solamente è vietato ciò, che si esprime nel mandato, non compete l'azione del mandato, come se un dissoluto giovanetto faccia a Tizio il mandato, affinchè sia fidejussore della meretrice, ed accettando il mandato, non ha azione; similmente se nel manda-

La fede dunque, e l' onestà diedero principio al mandato, l'uso poi, e la legge stabilirono l' azione, e l' obbligazione. Sicchè solamente nel mandato richiedesi il consenso del mandante, e del mandatario; nè si ricerca il chirografo, o solenni parole, ma il solo consenso, l. 1. d. mand.; *e questo tra gl' assenti si fà col mezzo di messaggiero, o di lettera*, cit. l. 1. §. 1., *e tra presenti col solo consenso espresso, o tacito senza contradizione*, l. 6. §. 2. d. eod., *ed indifferentemente si possono usare le parole* mando, *che* oro, *siccome leggesi* in Virg. Æneid. 6. v. 116.

. . . . . Orans mandata dabat.

Dal mandato differisce la raccomandazione, la quale somministra una semplice testimonianza del costume, e della condizione di colui, ch' è raccomandato; nè colui, che raccomanda, tacitamente, o espressamente assume in se il rischio dell' evento, quantunque dalla sconsigliata raccomandazione resti lesa la propia onestà, giusta il detto d'Orazio, lib. 1. epist. 18.

Qua-

to s'ordina di dare danaro a mutuo alla meretrice, *quasi perdituro crediderit*, *l.* 12. §. 11. *d. h. t. l.* 8. *d. pro empt.*. Che se col turpe mandato, nel quale non v'è obbligazione, accade la morte, o la mutilazione d'alcuno, ambe-

Qualem commendes, etiam atque etiam adspice, ne mox
Incutiant aliena tibi peccata pudorem.

Similmente dal mandato differisce il consiglio, il quale affatt' obbliga, l. 2. §. ult. d. mand. *&c.; Chi consiglia non promette all' amico, che fedeltà, ed amichevole affezione, restando nella sua libera volontà o d'abbracciare, o ricusare il consiglio dell' amico; e solamente vuole col consiglio avvertirlo, a cui se sordo addiviene, non può mal volentieri forzarlo a fare ciò, che non vuole*, l. 10. §. 7. d. eod.

Opportuno luogo è quì di vedere, se i Senzali, cioè i mezzani nella conclusione de' negozj, possono convenirsi coll' azione del mandato. Qualunque sia il sentimento de' Dottori a bella posta ometto quì di farne a lungo parola, mentre a me piace di seguire il sentimento di Ulpiano, l. 2. d. de proxeneticis, *che dice di non essere tenuti*. Si proxeneta intervenit faciendi nominis, ut multi solent, videamus, an possit quasi mandator teneri? & non puto teneri. *Il Senzale*

bedue sono tenuti pel delitto, locchè non discolpa dalla pena, neppure il servo delinquente per ordine del padrone, *l.* 11. §. *an ignoscitur* 7. *d. quod vi aut clam*, e sono soggetti ad uguale castigo tanto il mandante, quanto il mandatario, *l.* 11. §. 3. *d. de injur.*, *l.* 8. *C. de accusat.*

Diligenter fines mandati custodiendi sunt: nam qui excessit, aliud aliquid facere videtur, dice Paolo nella *l. diligenter* 9. *d. h. t.* Dunque se il mandatario non osserverà le leggi nel mandato apposte, inutilmente agisce coll' azione

zale è il mediatore a conchiudere il contratto, e suole questo adoperarsi nelle compre, e vendite col fare utile offizio della sua opera, l. ult. d. eod., *e riduce a conclusione i contratti, inducendo i contraenti colla sua persuasiva ad aver fede del prezzo, siccome dice Seneca* epist. 119. Opus erit tibi creditore, ut negotiari possis, æs alienum facias oportet; sed nolo, per intercessorem mutueris, nolo proxenetæ nomen tuum jactent, paratum tibi creditorem dabo. *Questo senzale, che nel contratto è intervenuto, non prende a suo pericolo il credito, ma semplicemente dimostra il nome del debitore, e persuade la conclusione del contratto, poichè diverso è il mandato, diversa la mediazione*, argum. l. 1. §. 14. d. depos. vel cont.

del mandato. Si è dubitato, se chi ha ricevuto il mandato di comprare per un certo prezzo, o di dare la fidejussione per una certa quantità, e poi o ha comprato più, o ha dato la fidejussione per una maggior quantità, abbia l'azione del mandato almeno per quella parte, la quale venne nel mandato espressa, o veramente niuna; Sabino, e Cassio furono di sentimento, che niun' azione competesse al mandatario: Cajo, e Triboniano opinarono, che li competesse l'azione per quella parte nel mandato espressa, e questa opinione si è preferita. E giacchè si può fare migliore la causa del mandante, se taluno ha comprato la cosa a minor prezzo, agisce coll' azione del mandato, *quoniam qui mandat, ut sibi centum aureorum fundus emeretur, is utique mandasse intelligitur, ut minoris, si possit, emeretur*.

Il mandato per certi modi finisce. Il primo è la rivoca del mandato, benchè dissentisca il mandatario, e nel caso nostro non vale quella regola di legge, che non possasi rinunziare all' obbligazione una volta costituita *adversario non consentiente*, perchè altrimente richiede la natura del mandato, la di cui origine è l'offizio, e l'amicizia. E Triboniano dice *recte mandatum revocari, dum adhuc integra res est*. Il secondo modo è la morte o del mandante, o del mandatario, giacchè il mandato, come l'amicizia, non passa agl' eredi, però l'azione

nata

nata prima della morte non s' estingue colla medesima; e Paolo dice nella *l.* precedente 58. *h. t.*, *mandatum morte solvi*, *non etiam mandati actionem*. Che se il mandatario la morte del mandante ignorando, ch' è errore di fatto, o credendo, che dopo la morte durasse il mandato, che di legge è errore, non li si nega l' azione. Non nuoce l' error di legge, quando si tratta *de damno vitando*, *l. juris* 7. & *l.* 8. *ff. de juris*, & *fact. ignor.* E non solo dopo la morte del mandante, ma ancora dopo l' espressa, o tacita rivoca del mandato, questo per errore di fatto adempia, compete al mandatario l' azione. Triboniano ci reca l' esempio di coloro, che pagono al servo dispensatore manomesso, della manomessione inconsapevoli.

Il terzo modo è la rinunzia tempestiva, cioè quella, che si fa in quel tempo, nel quale possa o per altri, o per se il mandatore alla stessa sua cosa comodamente badare. Per l' intempestiva rinunzia il mandatario non si libera, se non l' abbia fatta per giusta causa, cioè *ob subitam valetudinem*, *ob necessariam peregrinationem*, *ob inimicitiam*.

Finalmente il mandato dev' essere gratuito, perchè tira origine dall' offizio, e dall' amicizia. Bisogna però distinguere l' onorario, o l' onore, e la mercede. Se pel mandato vi è intervenuta mercede, la cosa prende altra

forma, cioè di locazione, di conduzione &c. Il mandatario per giudizio di Paolo, e di Ulpiano al dolo, ed alla colpa lata è tenuto: per costituzione poi di Diocleziano, e Massimiano, ed ancora di Costantino è tenuto eziandio alla levissima.

T I T. XXVIII.

Dell' obbligazioni, che nascono dal quasi contratto.

Vi sono alcune obbligazioni dal quasi contratto, perchè non propiamente sono dal contratto. La causa di quest' obbligazioni non è il tacito consenso, perciocchè il tacito consenso fa i veri, non i quasi contratti, *l. si remunerandi 6. §. 2.*, *l. qui patitur 18. d. mand.* La causa è il consenso dalla legge presunto:

La prima specie dell' obbligazioni del quasi contratto è *la gestione de' negozj*. Dunque se taluno senza mandato utilmente ha amministrato i negozj di uno assente, e di uno ignorante, per causa di utiltà, si è stabilito, che a costui sia il padrone tenuto *ex quasi contractu*, *l. 1. d. de neg. gest.* Nasce quindi *ultro citroque* l' azione *negotiorum gestorum*, *l. si quis. 2. d. cod.*, la diretta si dà al padrone, la contraria allo gestore: il padrone cerca ragione dallo

gestore della cosa amministrata, e della non amministrata. Lo gestore s' astringe *ad exactissimam diligentiam*, e la colpa levissima non lo scusa. Al contrario poi il padrone è tenuto a ciò, *quod ei abest*, benchè il negozio non abbia ricevuto il suo effetto.

La seconda è *l' amministrazione della tutela*, dalla quale nascono mutue azioni, e del pupillo col tutore, perchè dia i conti, la quale azione è diretta: e del tutore col pupillo in tutto ciò, *quod ei abest*, la quale azione si dice contraria. L' una, e l' altra azione si dà finita la tutela, *l. nisi* 4. *d. de tut.*, *& rat. distr.* Il pupillo però è obbligato al suo tutore civilmente per l' amministrazione. Il tutore poi è tenuto al dolo, alla colpa lata, e lieve.

La terza è l' *amministrazione delle cose comuni citra conventionem*. Se dunque a più la stessa cosa sia stata legata, o donata, ed uno d' essi ad un altro sia tenuto *communi dividundo judicio*, perchè solo abbia percepito i frutti, o perchè socio di colui solo abbia fatto le spese necessarie per quella stessa cosa, non s' intende propiamente obbligato *ex contractu*, perchè niente tra di loro convennero, ma sembra esser tenuto *ex quasi contractu*, *l. in communi* 3. *d. comm. divid.*

La quarta è l' *adizione dell' eredità*. L' erede, dal quale si debbono i legati, non è tenuto a' le-

a' legatarj *ex maleficio*, nè è obbligato *ex contractu*, perchè i legatarj niente hanno contratto o coll' erede, o col defonto; ma coll' adire l' eredità, l' erede sembra quasi contrarre, e quasi obbligarsi a prestare i legati, e perciò nasce l' azione *ex testamento*, la quale non è ereditaria, ma si ha in luogo di ereditaria, ed è tenuto *ex quasi contractu*. La quinta è la soluzione dell' indebito, secondo quelle cose, che detto abbiamo nel *tit. XV.* di questo libro. Dimostra Cajo *l.* 5. §. *is quoque* 3. *d. de O. & A.* Che chi riceve l' indebito, s' obliga *ex quasi contractu*. Se a bella posta paga l' indebito, non può ripeterlo, quantunque quest' internamente abbia intenzione di ripeterlo, *l. si non sortem* 26., *l.* 2. *e* 3. *d. de cond. indebit.*, se col dubbio paga ciò, che non deve, può ripeterlo, *l.* 2. *d. eod.* Questa distinzione hà luogo in colui, che paga, non già in colui, che riceve, il quale sempre con scienza riceve l' indebito, pel quale se *dolo malo* finge il credito con ingannare il debitore a pagare, può in questo caso essere accusato di falso, *l. quoniam* 18. *d. de cond. furt.*

Per ripetere l' indebito nella proposta specie si richiedono due requisiti; cioè che non si debba quello, che si paga; e che per ignoranza si paga. E' costante massima di legge, che inutilmente si domanda ripetersi ciò, che si deve per obbligazione civile, e naturale. Ma se il de-

debito solamente costa dell' obbligazione civile, cui compete l' azione soggetta all' eccezione, per mancanza dell' obbligazione naturale, e questo si può ripetere, *l. si non sortem 26.* §. 3., *l.* 40., *e* 54. *d. de cond. indeb.*, poichè nel diritto niente giova avere l' azione, se questa è soggetta all' eccezione. Il debito, che nasce dall' obbligazione naturale, non può ripetersi, *l.* 1., *e* 10. *d. de cond. indeb.* Il vero debitore poi assoluto nel giudizio, resta tuttavia obbligato, siccome definirono Paolo, e Giuliano *l. 60. d. de cond. ind.*, *licet enim absolutus sit, natura tamen debitor permanet*; Similmente nel mutuo non compete la repetizione al figlio di famiglia per l' eccezione del S. C. Macedoniano, poichè esiste là naturale obbligazione, *l.* 10. *d. de S. C. Maced.*

L' errore si divide in due classi, o è nel fatto, che s' ignora, da cui nasce il diritto, o nel diritto colla scienza del fatto, ma s' ignorano le disposizioni della legge, *l.* 1. *d. de jur. & fact. ignor.* Massima costante è nel diritto di ripetersi ciò, che per ignoranza si paga; Locchè universalmente da tutti si riferisce all' errore dal fatto, negando poi l'azione nell' errore del diritto; ma questa opinione osta a varie disposizioni del diritto, ed alla naturale obbligazione, poichè *condictio indebiti* nasce dalla naturale onestà, *l. 66. d. de cond. ind.*, nè può esser' esclusa, se non che dall' eccezione dell'

dell' equità naturale, la quale affatto può ravvisarsi in colui, che o per ignoranza di legge paga quello, che non deve, o che la causa del debito è soggetta all' eccezione. Chiare sono, le disposizioni della legge nel ripetere ciò, che s' è pagato per ignoranza di diritto. Il giureconsulto Giuliano dopo Nerva, ed Attilicino nella *l. 7. qui se debere d. de cond. ca. da.* giudicò doversi il danaro pagato da' colui, che poteva difendersi coll' eccezione del dolo malo, cioè per ignoranza di diritto. Lo stesso si dispone nelle leggi *cum is* 32. §. 1., *l. si fidejussor* 59. *d. de cond. ind.*, *l.* 5. *C. eod.*, *l. mandatum* 67. *d. mand.*, e nell' intiero titolo delle Pandette *de cond.ind.*, dove non distinguesi errore di fatto, o di legge, ma indifferentemente si dispone di potersi ripetere ciò, che indebitamente si è pagato per errore, *l. non sortem* 26. §. 3., *l. qui exceptionem* 40., *l. ex his omnibus* 54. *d. eod.*, poichè la legge solamente nega l' azione, quando il debitore a bella posta paga, perchè sembra donare ciò, che paga, *l. cujus* 53. *d. de reg. jur.* Finalmente nella *l.* 8. *d. de jur. & fa. ign.* il giureconsulto Papiniano chiaramente decise questo punto, *in omnibus juris error in damnis amittendæ rei suæ non nocet*, cioè l' indebito pagato per ignoranza di legge può ripetersi nel caso, che ciascuno cerca sfuggire il danno della dissipazione nel propio patrimonio, non già nel caso di proc-

cac-

cacciar guadagno, ficcome difpone la *leg. 7. d. de jur. & fa. ignor.*, *juris ignorantia non prodeft adquirere volentibus; fuum vero petentibus non nocet*, e così deve interpretarfi la *l. 9. d. eod.*, che non nuoce nè al lucro, nè al danno. Nè quì ofta la *l. 29. §. 1. d. mand.*, dove Ulpiano propone il cafo, che il debitore, e'l fidejuffore cercano sfuggire il danno, al debitore compete contro il creditore l'eccezione, locchè ignorafi dal fidejuffore, il quale per errore paga il debito: in quefto cafo per l'ignoranza del diritto non conviene al fidejuffore l'azione del mandato, ma non fi nega la ripetizione dell'indebito, la quale fempre ha luogo, quante volte la naturale obbligazione verament' efifte.

Finalmente Giuftiniano nel §. *ult.* nega la ripetizione dell'indebito in quelle caufe, nelle quali *actio per inficiationem crefcit*, cioè quando compete l'azione contro chi confeffa nel femplice, contro chi nega nel doppio, come per la legge Aquilia nel danno dato, nel depofito miferevole, e ne' legati lafciati ad oggetto della pietà, §. *fed furti inf. de act.*; com' altresì non può ripeterfi la dote per errore pagata dalla madre, o dalla forella; e nella caufa della tranfazione, affinchè non riforgano i litigj, *l. 2. C. de tranfact.*

TIT.

TIT. XXIX.

Per mezzo di quali persone a noi s' acquista l' obbligazione.

DUe cose principalmente si debbono in questo titolo notare. Del peculio avventizio del figlio di famiglia, dice Trib. *patre actionem movente, secundum novellæ constitutionis divisionem*. Riguarda questi alla *l. ult. C. de bon. quæ lib.*, di cui nel §. 3. è stabilito, che benchè l'usofrutto soltanto di quel peculio s'appartenga al padre, nulladimeno deve il padre muovere, ed intraprendere le azioni *ex ea caussa, ex consensu filii*, se però costui non sia lontano, o sia di prima età. La prima età è la pupillare. La seconda è la pubere. Intorno al servo, *in quo usumfructum, vel usum habemus*, dice Tribon. nel §. 2., che s' acquista a noi per mezzo di colui, *si vel ex operis suis, vel ex re nostra adquirat*, . . . *vel usum* si ritrova soltanto in Teofilo, ed in cinque manoscritti di Canzio, e sette di Caronda, però non si legge in alcuni antichi libri, come dice Accursio. E quella parola vien tolta da Antonio Mattei, da Cujacio, e da altri, perchè il fruttuario per quelle due cause sempre acquista; l' usuario poi non altrimenti, *quam si operis servi utatur in re sua, l. per servum 14., & l. servus 20. d. de usu, & habit.*

TIT.

TIT. XXX.

Per quali modi si toglie l' obbligazione.

SIccome per certi modi si contrae, così per certi modi si distrae l' obbligazione. Si distrae in primo luogo o per *l' eccezione*, cioè del patto, del giuramento, della sentenza &c. o *jure suo*, cioè per la soluzione, accettilazione, novazione, e pel contrario consenso. Quì la soluzione non è qualunque soddisfazione; ma la prestazione della cosa naturale, che si dà o nello stesso genere, o nella stessa specie. La soluzione è la prestazione di ciò, che si deve, o del fatto promesso, *l. 176. d. de V. S.*, nè può il debitore contro voglia del creditore dare il danaro per altra specie; il danaro pagato in altra forma non fa, che si paga *aliud pro alio invito creditori*, siccome disse *Senec. 6. de benef. &c. Pecuniam dicimus reddidisse, quamvis numeravimus pro argenteis aureos*. Ma se la cosa, che si deve, per caso fortuito è perita, o se il fatto promesso a tempo determinato non s' è eseguito, allora deve il creditore ricevere cosa diversa dall' obbligazione.

Per la giusta soluzione si ricerca, che l' intiero debito si paga, poichè la medesima natura dell' obbligazione esigge, che questa s' estingua nello stesso modo, che s' è contratta, *ni-*

hil

bil tam naturale est , quam eo genere quidque dissolvi , quo colligatum est , *l.* 35. *d. de reg. jur.* Quindi scorgesi , che falsamente credè Alciato nella *l. quidam* 21. *d. de reb. credit.* potersi astringere il creditore ad accettare porzione del credito ; nè la porzione del debito depositata impedisce il corso delle usure . Utilmente paga non solo il debitore , ma anche qualunqu' estranea persona , *l.* 17. *C. de solut.*, locchè eziandio milita in favore del debitore invito , ed ignorante , *l. solutioni* 23., *l. si pro* 40., *l. solvere* 53. *d. eod.* , poichè a ciascuno è permesso di vantaggiare la condizione di chiunque , *l. solvendo* 39. *d. de neg. gest.* , nè osta la *l. invito* 69. *d. de reg. jur.* che non si dà benefizio a chi nol vuole , locchè si riferisce ai beneficj dalla legge concessi .

Colla soluzione fatta o dal debitore , o da estranea persona *ipso jure* s' estingue l' azione , e resta dall' obbligazione contratta liberato il principale debitore, il fidejussore , il mandante, con estinguersi ancora il pegno , e l' ipoteca , *l. in omnibus* 43. *d. de solut.* , poichè tolta la causa principale , svaniscono l' accessioni da quella prodotte . Se il pagamento si fa dal fidejussore , ha questo l' azione contro il debitore principale per ripetere ciò , che ha pagato .

La compensazione è la vicendevole contribuzione del debito , e del credito , la quale ha

ha luogo ſolamente, quando il credito, e 'l debito ſcambievolmente è liquido, e l'azion'è efficace; ma ſe diverſi ſono i creditori, e debitore, non ſi dà compenſazione, *l. 9. C. de compenſat.* Gl' effetti della compenſazione ſono uguali alla ſoluzione. Similmente s' eſtingue l' obbligazione colla confuſione del credito, e del debito nella ſteſſa perſona, poichè niuno può reſtare obbligato a ſe ſteſſo. Ma ſe il creditore ricuſa accettare il credito, e dal debitore ſi depoſita il danaro, o la coſa in giudizio, allora reſta eſtinta l'obbligazione, ed impedito il corſo delle uſure, *l.19. C. de uſur.*, e ſe la coſa periſce, ſi perde a riſchio del creditore, non del debitore, *l. 9. C. de ſolution.*. Che ſe la ſpecie dovuta ſenza mora, o dolo, o colpa del debitore periſce, queſta ſi perde a danno del creditore, cui non compete azione contro il debitore, locchè ſolamente ha luogo nella perdita della ſpecie, non già del genere, o della quantità, perchè queſti non poſſono mai perire.

L' accettilazione è una unione di parole, colla quale il creditore dal debitore interrogato, dice di aver ricevuto ciocchè gli ſi doveva in forza dell' obbligazione delle parole. Queſta fu iſtituita a togliere l' obbligazione delle parole, *neque enim poteſt verbis tollere, quod non verbis contractum eſt*. Locchè dimoſtra, che l' accettilazione ha luogo nella ſola

obbligazione delle parole. Ma se l' obbligazione si è contratta *re*, *litteris*, *vel consensu*, allora s' estingue l' azione non già *ipso jure*, ma in forza dell' eccezione del patto convenuto *de non petendo*, *l.* 19. *d. de accept.* L' accettilazione è atto legittimo, dal quale sono esclusi i tutori, i curatori, e procuratori, *l.* 13. §. 10. *d. de acceptil.*, e siccome è vietata al pupillo la stipolazione senz' autorità del tutore, così è vietata allo stesso l' accettilazione.

L' acutissimo giureconsulto C. Aquilio Gallo rattrovò il modo per estinguere coll' accettilazione tutte l' obbligazioni reali, litterali, e consensuali, e chiamasi *stipolazione Aquiliana*, la quale sulle prime contiene la maniera di ridurre l' obbligazione contratta colla stipolazione in obbligazione verbale, in questa forma. Fulvio domanda Tizio: *Quidquid te mihi ex mutuo dare oportet, tantam pecuniam tu mihi dare spondes?* Tizio risponde *Spondeo*. Di poi questa nuova obbligazione verbale con altra stipolazione si toglie, quando Tizio domanda: *Quod tibi jam me daturum spopondi, id habesne a me acceptum?* E Fulvio risponde: *Habeo a te acceptum*. In questa guisa coll' accettilazione s' estingue qualunque obbligazione. Ma oggi questo modo di accettilazione è andato in disuso, poichè gli stessi effetti produce la solenne accettilazione, che il patto di non poter domandare il credito dal debitore.

La

La novazione è una trasfusione, o traslazione del primo debito in un'altra obbligazione o naturale, o civile. Alle volte si fa coll' intervento di una nuova persona, cioè per la delegazione del debitore (1), il quale se si

L 2 ri-

(1) *Dicesi novazione per l' estinzione della prima obbligazione colla costituzione di nuova obbligazione, e si fa o per volontà de' contraenti, o per necessità. La volontaria succede colla stipolazione, la necessaria col giudizio; questa si fa o colla contestazione della lite, o colla sentenza, la quale trasforma l' antica obbligazione in azione di giudicato*, l. ult. C. de usur. rei jud. *Nella novazione si comprende la delegazione, quando al mio creditore assegno altro debitore*, l. 11. d. h. tit.; *e succede o colla stipolazione, o colla contestazione della lite. Si fa colla stipolazione, quando assegno al mio creditore ciò, che mi si deve da Tizio; col giudicato poi, quando convenuto in giudizio è stato il debitore condannato a pagare. Se il debitore delega al suo creditore altro particolare credito, deve prima* jure novationis *nella delegazione fatta liberarsi colla stipolazione. Può delegarsi qualunque debitore, con dichiarare la sua volontà o in scritto, o col nudo consenso*, l. 17. d. h. t.; *ma il debitore delegato devesi colla stipolazione obbligare a prò del creditore delegato; e la ragione*

di

riceve dal creditore, subito avviene la liberazione del primo debitore, *solvit enim, qui de-*

le-

di tale diversità è, perchè nel principale debitore è sufficiente a partorire l'obbligazione il solo mandato, e nudo consenso, non così avviene nel debitore delegato, contro di cui richiedesi la stipolazione per acquistare l'obbligazione. Rescrisse l'Imperadore Alessandro, l. 1. C. de novat. & delegat., *che la delegazione non può farsi* nisi consentiente, & stipulante promittente debitore, *nè tanpoco, rescrissero gl' Imperadori Diocleziano, e Massimiano*, l. 6. C. h. t., creditoris creditori quisquam invitus delegari potest, *e con ragione, poichè non si dà delegazione, nè stipolazione contro voglia del delegato. Da ciò differisce la delegazione dalla cessione, e vendita dell' azione, la quale si contrae senz' il consenso, e volontà di colui, che deve, poichè il debitore non s' impaccia in nuova obbligazione, ma solamente il creditore assegna ad altri l' esazione dell' antica obbligazione, e si fa anche contro voglia del debitore.*

Gl' effetti della delegazione sono efficaci al pari della novazione: Vale quella per la giusta prestazione, l. 51. d. de pecul., *fa le veci della vera soluzione*, l. 8. §. 3. d. ad S.C. Vell.; *ed estinta l'obbligazione non può risorgere*, l. 98. §. 8.

legat reum, *l. quamvis 8. §. 5. d. ad S. C. Vellej*, benchè il debitore ricevuto *non sit solvendo*. Finalmente dice Giustiniano *tunc solum novationem fieri, quoties hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit: alioquin & manere pristinam obligationem, & secundam ei accedere, ut maneat ex utraque caussa obligatio*, e ciocchè in una manca, si supplisce dall'altra, *l. ult. C. de novat.*, e lo stesso fu stabilito nel-

§. 8. d. de solut. *Nè compete al creditore azione contro il primo debitore, ma bensì contro il delegato debitore, del cui nome si è dichiarato soddisfatto, ed a rischio del creditore dopo la delegazione corre il nome del debitore, purchè altrimenti non siasi convenuto, mentre in questo caso è sicura l'esazione del credito*, l. 45. § penul. d. de mand.. *Similmente produce la delegazione quest'altro effetto, che il delegato debitore non può opporre l'eccezione del dolo, o della violenza, o del timore contro il delegato creditore*, *perchè* in privatis contractibus, & pactionibus non facile scire petitor potest: quid inter eum, qui delegatus est, & debitorem actum est: aut, etiamsi sciat, dissimulare debet, ne curiosus videatur, & ideo merito denegandum est adversus eum exceptionem ex persona debitoris, l. 19. d. de novat., & delegat.

la *l. qui usumfructum* 58. *d. de V. O.*, quali luoghi Triboniano ha adattato al nuovo diritto del suo Imperadore.

Nella novazione si ricercano tre requisiti, cioè l'obbligazione antica, la nuova, e la stipolazione. In qualunque modo sia contratta l'antica obbligazione, può con parole novarsi, *l.* 1., e 2. *d. de novat.*, nè qui osta la *l.* 35. *nihil d. de reg. Jur.*, poichè contiene la novazione un' immaginaria soluzione fatta col consenso del creditore, *l.* 17. *C. de solut.*, La nuova obbligazione, o che civilmente, o naturalmente si contrae, non appartiene alla novazione. Colla stipulazione restano le antecedenti obbligazioni novate, non già col patto nudo, ma oggi questa solennità è andata in disuso, e si contrae la novazione col patto nudo, siccome dimostra Godelino, *lib.* 3. *de Jur. noviss.*. Gl' effetti della novazione sono d'estinguere l'antecedente obbligazione, *cit. l.* 1., con togliere tutti quei incomodi, che sono nella vecchia obbligazione, cioè la mora fatta, il pericolo della perdita nella cosa obbligata; la pena promessa nell' antecedente obbligazione; le usure dovute; il privilegio dell' azione; i pegni, e le fidejussioni, *l.* 8., *l. si creditor* 15., *l. novatione* 18. *d. de novat.* Ma se i pegni, e le fidejussioni sono state replicate nella novazione, in questo caso compete al creditore la prerogativa, e privilegio del credito

dito contro i creditori posteriori, *l.* 4. *d. qui pot. in pign.*

Finalmente il contrario consenso discioglie quell' obbligazioni, che col consenso si sono contratte.

Fine del Lib. III.

DELLE ISTITUZIONI
DEL
DIRITTO CIVILE ROMANO

LIB. IV.

TIT. I.

Dell' Obbligazioni, che nascono dal delitto.



Arlammo dell' obbligazioni, che nascevano dal contratto, e dal quasi contratto nel libro passato. In questo parlaremo ora di quell' obbligazioni, che dal delitto, e dal quasi delitto nascono. Quelle si dividevano in quattro specie. Queste di una specie sono; cioè nascono tutte *ex re*, cioè dallo stesso delitto. I delitti o sono *pubblici*, o *privati*. Di questi in primo luogo, cioè del *furto*, della *rapina*, del *danno*, dell' *ingiuria*. Questi quattro novera Triboniano, e tutti gl' altri, che si trovano nelle Pandette, a questi si possono riferire.

E quan-

E quantunque per questi si può agire civilmente per ciò, che si deve a colui, a cui si è fatto danno, e criminalmente per la punizione corporale, non pertanto Triboniano parla soltanto dell' azioni civili.

Il furto si definisce *contrectatio rei fraudolosa lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam usus, possessionisve: quod lege naturali prohibitum est admittere*. Or perchè fraudolente dev' essere il toccamento, ne siegue, che non fa furto l'impubere, se non prossimo alla pubertà. E perchè per commetter furto, si deve toccare *studio lucri*, ne siegue, che chi con tale animo non tocca, se nol fa per ischerzo, fa o danno, od ingiuria, *l. sed etsi* 18. §. *ult.*, *l. si quis* 41. §. 1. *d. ad l. Aquil.*, com'altresì non *lucri studio* il famelico *urgente fame* ruba le vivande per soccorrere all' inedia, nè può essere accusato di furto; siccome anche succede, se il viaggiatore pascola il giumento, senza devastazione, vicino la strada. Finalmente il furto si fa della stessa cosa, dell' uso, e del possesso. La cosa dev' essere mobile, corporale, ed aliena. Che 'l debitore rubando il pegno, che ha dato al suo creditore, fa furto della cosa sua, dice Triboniano nel §. 10. Ma però la cosa si deve così intendere: il debitore fa furto non già della stessa sua cosa, ma del possesso, che è del creditore; e lo stesso si deve dire, se ha venduto la cosa obbligata, e non ancora data

al

al suo creditore, perciocchè col venderla *alienum jus intervertit*. Cosa aliena può sembrare al figlio di famiglia. Dunque di costui vi è furto, ed il Padre ha *eo nomine* l'azione. In quest' azione viene il duplo, el quadruplo di ciocchè importa al padre, se nel furto del figlio *lucra intercepta sunt*; perciocchè del figlio, ch' è uomo libero, non c' è estimazione. *Si nihil ejus interfuit*, non agisce coll' azione di furto.

Dal diritto della natura è vietato il furto, perchè nella propia essenza è dissonesto, e vergognoso, al pari dell'omicidio, dell'avolterio, e degl'altri delitti, *l. probrum* 42. *d. de V.S.*; nè bisognano dimostrazioni per spiegare questo principio conosciuto in noi medesimi di non esser permesso a nostro vantaggio togliere l' altrui roba, siccome disse Cicerone *lib.* 3. *Offic. Illud natura non patitur*, *ut aliorum spoliis nostras facultates*, *copias*, *opes augeamus*. Nè quì osta l' autorità di Gellio, *lib.* 11. *cap.* 18., il quale dic'essere il furto permesso presso gl' Ateniesi, e Spartani, poichè questo non dimostra mutabile la legge naturale, la quale mai affatto riceve l'approvazione da'costumi del popolo. Anzi gli stessi Spartani, ed Ateniesi semplicemente non approvarono il furto, come cosa a tutti permessa; ma vedendo il legislatore in Atene la difficoltà d' impedire il furto, determinò la facile maniera di ricuperare la roba senza grave inte-

te-

tereſſe, poichè preſcriſſe, che chi voleva pro- feſſare il meſtiero di ladro, doveva rivelare il ſuo nome avant' il capo de' ladri, ed a quello doveva conſignare là roba rubata, la quale ſubito veniva reſtituita al padrone, con pagare pel riſcatto la quarta parte del prezzo in pena della propia traſcuraggine, come c' aſſicura Diodoro Siciliano nel *lib.* 1. *Biblioth. cap.* 18. In Sparta poi Licurgo ſolamente permiſe il furto delle coſe da mangiare a' giovani, affinchè diveniſſero ſcaltri, ed accorti colla notturna vigilia, perchè ſorpreſi ſi punivano col baſtone, come atteſta Senofonte, *lib. de republ. Lacedæm.*

Cajo, e Paolo ci propongono quattro generi de' furti, *manifeſtum*, *nec manifeſtum*, *conceptum*, *oblatum*. Lo ſteſſo Cajo, e Triboniano due, *manifeſtum*, *& nec manifeſtum*; e dice Triboniano *furtum conceptum*, *& oblatum* è piuttoſto una ſpezie di azione, che di furto. Ladro manifeſto dicesi colui, ch'è preſo nell' atto del furto, o nel luogo del furto, o colla coſa furtiva addoſſo, od è ſtato preſo in pubblico, od in privato, o dal padrone, o d' altro prima di giungere in quel luogo, dove aveva deſtinato di riporre il furto.

Ora *de furto concepto*. Queſto ſi ſpiega da Cajo, da Paolo, da Feſto, e da Triboniano, cioè cercare alla preſenza de' teſtimonj la coſa furtiva, e rinvenirla, e noi nella nota ne ſpie-

ghe-

gheremo le intieri parti di questo furto (1).

Il furto oblato era quello, che 'l ladro ad uno, che niente sapeva, consegnava o per se, o per un altro, perchè presso di lui si conservas-

(1) *Grave tra gl'eruditi è stata la controversia intorno al furto concetto*; *Giacomo Gotofredo così ristabilì la legge delle dodeci tavole:* Si furtum lance, licioque conceptum escit, atque uti manifestum, vindicator. *Ma cosa sia* lanx, *cosa* licium, *ancora la lite nel giudizio pende. Alessandro d'Alessandro ne'* giorni geniali *6. 10. dice, che* licium *era quella tela, colla quale i ladri nascondevano il furto nell' ingresso della casa:* lanx *poi era la maschera nella faccia del ladro applicata, per non farsi conoscere. Francesco Balduini nel commentario sù questo titolo diversamente dice, che i furti concetti sono quei ladronecci commessi dagl' impostori sotto specie di religione*, quæ religionis obtentu impostores quidam, tanquam sacrificuli liceo succincti, & lancem ad colligendas stipes circumferentes commiserint, sacrilegiis proxima; *ma questa sentenza è erronea, poichè diverso è* concipere furtum, *diverso* committere. *Francesco Otomano dice il furto concetto esser quello, che si fa* per simulationem religionis, amicti licio Sacerdotes deprehendere sint soliti, quum panem ætitite lapide conditum, vorare jussissent. *Diversa-*

vasse. Vi erano ancora anticamente le azioni del furto proibito, e del non esibito, ma del furto concetto, oblato, proibito, e non esibito, le azioni andarono in disuso.

L'a-

samente sù questo punto opinò Andrea Alciato Parerg. 1. 8., *che il furto concetto era quello, che si rattrovava in casa da' littori, i quali per ordine del magistrato cinti del licio per dimostrare la pubblica autorità, portavano nella lance il segno della pubblica sicurezza.*

Restano smentite l'opinioni d'Alessandro, e di Balduino dall' Imperadore Giustiniano §. 4. Inst. h. t., *il quale dice, che furto concetto era quello, che si rattrovava alla presenza de' testimonj. Si pratticavano alcune cerimonie nell' invenzione di questi furti, le quali sono andate in disuso.* Sed hæ actiones, scilicet concepti, & oblati, & furti prohibiti, nec non furti non exhibiti, in desuetudinem abierunt. Quum enim requisitio rei furtivæ hodie secundum veterem consuetudinem non fiat: merito ex consequentia etiam præfatæ actiones ab usu communi recesserunt, eodem §.. *Dunque dice Giustiniano, che la lance, el licio appartenevano all' antica costumanza.*

I riti da' Romani pratticati nel cercare il furto concetto ebbero l'origine da' costumi de' Greci, i quali da Platone de legib. 12. p. *691. così*

ven-

L' azione di furto si dà a colui, a cui importa, che la cosa non si rubasse, ma *ex bonesta* [illegible] *vengono descritti*. Furtum requisiturus, nudus, & licio incinctus, cetera discinctus, Deosque legum custodes adjurans, se inveniendi spe id facere, ita demum requirito. Dominus vero tum exhibeto domum, & in omnibus sive obsignatis, sive minus obsignatis locis liberum furti inquirendi potestatem facito. *Da ciò si conosce, che i Greci solevano ignudi rattrovare il furto, covrendo le parti vergognose col panno lino. Questo costume da' Greci passò a' Romani, come attesta Festo nella voce* lance *p.* 304. Lance, & licio dicebatur apud antiquos, quia qui furtum ibat quærere in domo aliena, licio cinctus intrabat, lancemque ante oculos tenebat, propter matrumfamilias, aut virginum præsentiam: *Dalla testimonianza di Festo rileviamo, che il furto concetto dicevasi quello, che all' ignudo si rattrovava in casa, e colla maschera per non essere conosciuto, e per non offendere la pudicizia donnesca. Indi per la legge Ebuzia fu tolto questo rito di rinvenire il furto, con destinarsi i pubblici servi, ed i preconi ad inquirere i furti con testimonj*, l. 3. d. de fugit. *Questo furto nella descritta maniera rinvenito era punito dal pretore colla pena del triplo, non altrimenti che il furto manifesto.*

nesta caussa , e perciò non può darsi al possessore di mala fede. Il creditore , a cui è stato rubato il pegno , agisce contro il ladro del suo pegno *actione furti*, benchè il debitore *sit solvendo*, giacchè dal debitore può esser convenuto coll' azione pegnoratizia , per ricuperare il suo pegno. Agisce ancora il conduttore, il cavamacchie, e'l sartore contro chi ha tolto loro le vesti date a pulire, ed a sarcire, e non già il padrone di quelle. E può il padrone agire coll' uno e l'altro coll' azione *locati*. Agisce ancora il compratore di buona fede , purchè la cosa le sia stata consegnata , perchè se ancora stà la cosa in potere del venditore , quest' agisce , non già il compratore, che non è nè padrone, nè possessore. Intorno al commodatario varj sono stati i sentimenti. Finalmente Giustiniano dirimendo le antiche controversie dà l' azione di furto non già al commodatario, ma al padrone, e questo, se vuole, può ancora agire col commodatario *judicio commodati*; ma fatta poi la scelta dell' azione non può mutarla , purchè il padrone agisce col commodatario, non sapendo, che la cosa fosse stata rubata. Però se'l padrone agisce col commodatario, ha costui poi contro del ladro l'azione. Perciocchè riguardo al depositario, perchè questi non presta la custodia, ma'l dolo , se la cosa è stata rubata, perchè non hà il depositario il peso di restituirla, non può agire coll'

coll' azione del furto, ma 'l padrone. Che se poi il depositario ha promesso la colpa, od il prezzo della cosa depositata, in tutti e due i casi agisce coll' azione di furto, *tit. 2. §. 2. Institut. de vi bon. rapt.*

Si agisce coll' azione di furto col ladro. Alle volte si agisce con colui, che non ha fatto il furto, purchè si fosse fatto col suo consiglio, e per sua opera. Alle volte non si agisce coll' azione di furto contro di colui, che ha fatto il furto, cioè contro del figlio di famiglia, ch' è in potestà del padre, e contro del servo, ch' è nella potestà del padrone.

L' azione del manifesto furto è nel quadruplo, del non manifesto è nel doppio. Dunque il ladro deve pagare il quadruplo, od il doppio del vero prezzo della cosa, che si ruba, e questo è una mera pena (1).

Si

(1) *Il delitto commesso immancabilmente richiama la pena. Chi cerca arricchirsi della roba altrui, deve necessariament' essere impoverito della propia. Il furto, che non hà congiunto a se la violenza, dev' essere punito colla pena pecuniaria, poichè il reo, il quale ha tolto la roba a' giusti possessori, che con industria si hanno acquistati maggiori ricchezze, è obbligato rifare il danno commesso. Ma quando il furto sia misto di violenza, deve parimente la pena essere un*

Sì commette il furto o di giorno, o di notte, *l. interdiu* 54. §. 2. *d. de furt.*. Se il ladro di notte viene per rubare, e non abbiamo maniera da poter sfuggire il pericolo, allora impunamente possiamo ammazzare il ladro, locchè costa da un luogo di Cajo, *l.* 4. §. 1. *d. ad leg. Aquil. Lex duodecim tabularum furem noctu deprehensum occidere permittit: ut tamen id ipsum cum clamore testificetur. Interdiu autem deprehensum ita permittit occidere, si is se telo defendat; ut tamen æque cum clamore testificetur*. Nella prima parte di questa legge dice il giureconsulto, che il ladro notturno può impunamente ammazzarsi per disposizione delle dodeci tavole; nella seconda poi ricerca, che ciò si faccia con schiamazzo: Il ladro poi diurno allora si può ammazzare, quando si trova sul fatto, e viene colle armi, attestandosi ciò colle grida, *cit. l.* 4. *d. eod.*

La cosa poi o si condice, o si vindica: e per-

un misto di corporale, e di servile, poichè chi col propio dispotismo contro il patto sociale ha usurpato l' altrui, deve costui esser soggetto a pena opportuna, cioè alla schiavitù delle opere, e della persona in benefizio della comune società, affinchè colla prima resti risarcito il danno del padrone, e colla seconda poi gastigata l' audacia de' scellerati.

perchè queste sono due azioni tra di loro diverse, nè riguardono lo stesso, da ciò ne siegue, che, ricevuta la cosa, resta salva l' azione di furto, e si toglie la vindicazione, e la condizione. A queste cose si aggiunge, che la vindicazione, e la condizione della cosa furtiva si dà al solo padrone, l' azione poi del furto si dà a colui ancora, che non è padrone. La differenza poi, che passa tra la vindicazione, e la condizione è questa, perchè quella si dà contro colui, che possiede la cosa, o sia ladro, o nò, questa poi si dà ancora contro colui, che non possiede, purchè sia ladro, od erede del ladro, nè si dev' omettere, che l' erede *in condictione furtiva non pro parte, quæ pervenit, sed in solidum tenetur.*

TIT. II.

Della Violenza, con cui si rapiscono i beni.

Ruba chi di nascosto si prende la cosa di uno, che no 'l sà: rapisce chi per forza, e palesamente *scienti*, & *invito* toglie la cosa. Il rattore si dice da Triboniano *fur improbus*. Il pretore volle, che 'l rattore dovesse pagare il quadruplo, se 'l padrone della cosa rapita procurava di ricuperarla dentro l' anno: se poi agisce dopo l' anno, deve il rattore pagare, quanto semplicemente và la cosa. Il quadru-

druplo in quest' azione non è tutta pena, come nell'azione del furto, ma contiene ancora l' estimazione della cosa. La condizione del rattore in questo è deteriore dalla condizione del ladro, perchè colui, a cui è stata la cosa rapita, può agire coll'azione *furti*, *&* *bonorum raptorum*, giacchè Triboniano non ha tolto l' azione di furto contro del rattore. Dunque può agire il padrone o coll'azione di furto *in quadruplum*, se nella rapina è stato preso, se poi non è stato preso sul fatto dentro l' anno nel triplo, dopo l' anno nel doppio. Ma però se prima si è fatto uso dell'azione *vi bonorum raptorum*, non si può poi usare dell' azione di furto: se prima si è fatto uso dell' azione di furto, non si nega ancora l'azione *vi bonorum raptorum*, per conseguire il resto della nostra roba. Quest'azione si dà a coloro, *quorum sive in bonis*, *sive ex bonis rapta res est*. E con quest' azione si agisce contro di coloro, che *dolo malo* hanno rapito: e perchè ciò risiede nell' animo, si deve provare *perspicuis indiciis*. Chi dunque rapisce una cosa, credendo, che fosse sua, non è ladro, nè rattore, ma pe'l cattivo esempio perde la propia roba.

 TIT.

TIT. III.

Intorno alla legge Aquilia.

LA legge Aquilia fu un plebiscito (1). Con questa legge si vindica il danno dato per ingiuria. Tre capi della legge Aquilia novera Triboniano. Il primo si propone nell' editto in

(1) *Quanto certa è nel diritto Romano la legge Aquilia, altrettanto è dubbio il suo autore. Ulpiano*, l. 1. §. 1. d. ad leg. Aquil., *brevemente dice, che la legge Aquilia è un plebiscito emanato da Aquilio Tribuno della plebe. Gianvincenzo Gravina*, de orig. jur. civil. 60. p. 97., *attribuisce questa legge a C. Aquilio Gallo, celebre giureconsulto, ed inventore della stipolazione Aquiliana; ma s' inganna, poichè il cognome Aquilio non fu propio del solo C. Aquilio, ma vi furono varj tribuni di cotesto nome, come dagl' annali dimostra Pighio, il quale vuole pubblicata questa legge nell' anno* 577. *Anzi questa legge è più antica d' Aquilio, siccome ne fecero menzione Q. Muzio Scevola*, l. 39., *e Bruto*, l. 27. §. 22. d. ad leg. Aquil. *Dubbio ancora è tra giureconsulti, quanti capi contenga questa legge. Teofilo nell' Istituzioni* ad l. Aquil. *dice esser tre, ma io opino essere più, mosso dall' auto-*

in queste parole: *qui servum, servamque alienum alienamve, quadrupedem* (1), *vel pecudem injuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum æs dare domino damnas esto*. Dice *injuria occiderit*, h. e. *nullo jure*. Dunque chi per caso, o per difesa ammazza un uomo alieno, non incorre in questa legge, purchè però

 chi

torità di Giustiniano, §. 4. Inst. de noxal. act., *il quale aggiunge il danno fatto negli atti di giustizia, che si trattano per qualche mancamento commesso da' servi in riparazione dei danni*.

(1) *Presso gl' antichi Romani erano i servi nella classe delle cose, e per la morte di costoro sensibilmente si deminuiva il loro patrimonio. Simile ai servi erano i quadrupedi, i quali a schiera pascono nel campo*, §. 1. Inst. h. t. *Quadrupedi si dicono quei animali destinati a portar la soma o sul collo, o sulla schiena*, Ulpian. Fragm. tit. 19. §. 1.. *Bestiami poi, ossia* Pecudes, *siccome attesta Varrone, sono quei animali, che unitamente pascono: Gl' altri animali si chiamano bestie. Nelle Pandette spesse fiate si trovano congiunti i nomi* pecudes, *e* quadrupedes, *quindi nacque la controversia*, an sues sint pecudes quadrupedes. *Molti dissero non essere quadrupedi, perchè non si domavano sul collo, o sulla schiena, ma* gregatim pascebant.

chi ammazza per caso, non ha peccato per qualche colpa, come se uno non soldato abbia ucciso taluno, scoccando dardi *in jaculatorio campo*. Questo era permesso a' soli soldati. E' reo di colpa, ed incorre nella legge Aquilia il putatore, il quale fa cadere un ramo nella via pubblica, o nel vicinale, e non proclama, cioè grida, prima di far cadere quel ramo; non incorre poi nella legge Aquilia, se fa cadere il ramo in un luogo lontano dalla via pubblica, ed in mezzo al suo fondo senza proclamare, perchè in quel luogo a niun' estraneo era permesso passare. E' tenuto ancora colla Aquilia il Medico, il quale ammazza il servo, *male secando, medicamentumve perperam dando*, e 'l molettiere, il quale per imperizia non ha sostenuto l' empito delle mule, per cui la tua quadrupede è perita. Intorno all' estimazione del danno così Ulpiano. *Si prætioso pictori pollex fuerit præcisus, & intra annum, quo præcideretur, fuerit occisus, posse eum Aquilia agere; prætioque eo æstimandum, quanti fuerit, priusquam artem cum pollice amisisset*. Cujacio in vece di *eum* legge *erum* secondo l' antica letteratura. Or giacchè la legge Aquilia vuole, che 'l danno si sarcisca, e questo non s' intende soddisfatto, se non si dà tutto quello, che importa; perciò ucciso un servo scritto erede, primachè adisse l' eredità, si deve ancora tener ragione del danno per l' eredità perduta.

Ul-

Ulpiano dice, che 'l secondo capo della legge Aquilia a suoi tempi era andato in disusanza, e lo stesso dice Triboniano, e del senso di quello non ne fanno motto alcuno. Molte sono state le congetture. A me sembra alquanto vera quella di Costantineo, il quale dice, che quel secondo capo trattava del servo, il quale faceva qualche danno, inconsapevole il padrone; e quest' era tenuto a risarcirlo *in solidum*; nè bastava, che dasse il suo servo a colui, che aveva ricevuto danno: locchè sembrando cosa dura a' Romani, fu da essi abolito. Or questa congettura si conferma con due luoghi di Ulpiano nel libro 18. *ad edictum*, l'altro nella *d. l. 27. h. t.*, in dove si legge *servi occidentis nomine dominum teneri*, e poi soggiunge, *hujus legis secundum capitulum in desuetudinem abiit*. Quasi che dicesse, che sia tenuto il padrone inconsapevole dell' occisione fatta dal suo servo non già *in solidum*, come un tempo si era ordinato col secondo capo della legge Aquilia, ma quanto valeva il corpo morto. Nell' altro luogo si legge: *si servus sciente domino occidit, in solidum dominum obligat: si autem insciente, noxalis est, nec enim debuit ex maleficio servi in plus teneri, quam ut noxae eum dedat:* che vale a dire, che poteva dare il servo pe'l danno fatto. Questo propiamente significa la voce *noxa*.

Le parole del terzo capo della legge Aquilia

lia sono queste. *Cæterarum rerum præter hominem, & pecudem occisos, si quis alteri damnum faxit, quod usserit, fregerit, ruperit injuria: quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum æs domino dare damnas esto*. Dunque qualunque danno si fa, fuorchè l' uccidere il servo, o la quadrupede, tutto il rimanente si contiene in questo terzo capo, cioè chi ferisce, fracassa, brucia, chi ruba i frutti immaturi; poicchè se ruba i maturi, è tenuto a pagare soltanto le spese, e chi è causa, che le navi si urtano, coscicchè ne perisca, e chi finalmente mette l' acqua dentro il vino di un altro, ed in tutti questi casi, chi ciò fa, è tenuto a pagare, quanto valeva la cosa trenta giorni in dietro. L' azione poi della legge Aquilia o è *diretta*, o *utile*, o *in factum*. La diretta è quella, che nasce dalle parole della legge, e questa compete contro colui, che di propia mano uccise il servo alieno, o la quadrupede. L' utile è quella, che nasce dalla mente della legge; come se taluno ha rinchiuso il bestiame alieno, perchè perisse di fame. L' azione *in factum* è molto lontana dalle parole, e dalla mente della legge; quando si fa danno nè col corpo, nè contro qualche corpo, come se taluno libera dalle catene il servo alieno, e lo fa fuggire. Dunque perchè si faccia luogo a cotest' azione, deve il corpo restar' illeso.

TIT.

TIT. IV.

Intorno all' Ingiurie.

L' Ingiuria si definisce così, *dictum*, *factumve*, *quod corpus*, *dignitatem*, *pudoremve alterius lædit*. Si dice *dictum*, *vel factum*, perchè l' ingiuria può essere o *reale*, o *verbale*. *Fit re*, se uno percuote un altro: se si mette in possesso de' beni di un altro, facendo comparire quel tale, vero padrone di detta roba: se frequentemente si porta ad una casa di una madre di famiglia, giacchè l' assidua frequenza apporta una quas' infamia: se finalmente si fa a taluno una satira. *Fit verbis*, se si carica taluno di molte villanie. Per le parole ingiuriose si dà dalla legge *actio injuriarum*, purchè però non infamasse un uomo cattivo, perchè in questo caso non vi è azione. E non solamente *re*, & *verbis*, ma ancora *scripto* si fa l' ingiuria.

Or l' ingiuria la soffriamo, non solo quando si fa a noi medesimi, ma quando si fa ancora a coloro, che sono nella nostra potestà, quali sono i figli, i nipoti &c., ed in questo caso agisce il Padre *nomine filii*, & *suo*: ed essendo assente il Padre, e non esistendo alcun procuratore, in questo caso il Pretore promette il giudizio al figlio, che riceve l' ingiuria. Se però il figlio è emancipato, ad esso s' appartie-

tiene il vindicare l'ingiuria sua; e lo stesso è da dirsi delle mogli, *quæ in manum convenerant*. Per mezzo de' nostri servi riceviamo ancora ingiuria: e se'l servo è comune, deve vindicare l'ingiuria il padrone più degno, e nobile. Ma allora per i servi siam' offesi, quando l'ingiuria, che loro si fa, si faccia con animo di offendere noi padroni.

Dalla legge delle dodeci tavole si accorda la protesta a chi ha fracassato un membro altrui di pattuire per quell' ingiuria: Se poi non vuole pattuire, deve subire alla pena del taglione. Finalmente le pene pecuniarie dalla legge delle dodeci tavole andarono in disuso, e'l Pretore vindicò l'ingiurie con pene severe. Diede causa all'editto del Pretore un certo Verazio uomo ricchissimo, che, perché le pene erano pecuniarie, facilmente faceva romper altrui un osso. Labeone dice, che l'ingiuria atroce, *quæ contumeliosior*, *&* *major appellatur*, nasce o dalla persona, o dal tempo, o dalla cosa stessa. Dalla persona, se si fa ad un magistrato, al padrone, al padre, e se si fa da un uomo vile ad uno posto in dignità. Dal tempo, se si fa nel teatro, ne' giuochi, od alla presenza del Magistrato. Dalla cosa stessa, se taluno ruppe un osso, se ferì altrui. Venne poi la legge Cornelia, e vindicò soltanto le ingiurie fatte colla mano, e riferì tutte le altre a tre cause soltanto, *quod quis pulsatus*, *verberatusque*, *domus-*

musve ejus vi introita esset. Il battere significa battere con dolore, il pulsare poi senza dolore. Criminale era il giudizio della legge Cornelia, e gastigava i rei *extra ordinem*. Può dunque, chi ha ricevuto l'ingiuria, agire contro il reo o criminalmente per la pena straordinaria, o civilmente per l'estimazione.

Or non solo è tenuto d'ingiuria colui, che la fece, ma colui ancora, che oprò con dolo malo, perchè un altro facesse quell' ingiuria.

L'azione dell' ingiurie *tollunt annus: aut remissio*, od espressa, qual è quella, che si fa col patto, o colla transazione, o tacita, che avviene da un blando saluto, dal toccamento della mano, dalla computazione amica, o d'altri simili indizj, e dalla dissimulazione, *si quis injuriam statim ut passus est, ad animum suum non revocet*, come dice Triboniano.

TIT. V.

Dell' Obbligazioni, che nascono dal quasi delitto.

ABbiamo quattro quasi delitti. Il primo è del Giudice, che giudica per imprudenza malamente, cioè *contra jus certum*: imperciocchè se giudica malamente per dolo, *vere delinquit*. Nell' uno, e nell' altro caso il Giudice *litem facit suam*, ma però con questa dif-

fe-

ferenza, che se giudica malamente per dolo, non solo è tenuto a prestare l'intiera estimazione della lite, ma ancora *notatur infamia*: se poi per imprudenza, ha salva la stima, subirà all'estimazione solo della lite.

Il secondo quasi delitto è di colui, dal cenacolo del quale, in quel luogo per dov'è solito passarsi, si è buttato qualche cosa, per cui si è fatto nocumento ad altri (1). Se qualche cosa per

(1) *Importa moltissimo al pubblico vantaggio, ed alla necessaria sicurezza de' Cittadini mantenere le strade della Città libere dal rischio, e timore di non essere questi ammazzati nel camminare. La maggior parte della plebe Romana era solita d'abitare ne' cenacoli, cioè negl' appartamenti superiori delle case, le quali sono diverse dai cenacoli, da questi nelle pubbliche strade si gettavano, e rovesciavano moltissime cose, locchè rendeva pericoloso il passeggiare per la Città, siccome osserva Giovenale*, sat. 3. v. 269., & seq., *con queste parole*.

Quod spatium tectis sublimibus, unde cerebrum
Testa ferit, quoties rimosa, & curta fenestris
Vasa cadunt, quanto percussum pondere signent,
Et lædant silicem; possis ignavus haberi,
Et subiti casus improvidus, ad cœnam si
In-

per colpa dello stesso abitatore si è buttata, questo è vero delitto di colui da punirsi colla legge Aquila; se poi per colpa o del servo, o dell' ospite, del cliente, del liberto, questo è qua-

Intestatus eas; adeo tot fata, quot illa
Nocte patent vigiles, te prætereunte, fenestræ.
Ergo optes, votumque feras miserabile tecum,
Ut sint contentæ patulas defundere pelves.
. . . . L'enorme spazio osserva
De' tetti eccelsi, e di quant' alto il capo
Venga un coccio a colpir: con quanto peso,
Qualor dalle finestre avvien, che cada
Un monco vaso e fesso, o segni, o spezzi
Le selci istesse: onde passar potrai
Per uom mal cauto, e che non ben prevede
I repentini casi, altrove a cena
Se intestato ten vai: che tante morti
Pendon sul capo tuo, quante in quell'ora
Vegliano al tuo passar finestre aperte.
E andrai fra te quest' infelice voto
Porgendo al ciel, che qualche conca immonda
Sol di là sù ti si rovesci addosso.

Alla sicurezza de' Cittadini volle provvedere il Pretore, proposta l' azione in factum *o diretta, o nossale contro l' abitatore per la sua trascuraggine, se gettava, o revesciava qualche cosa nella stra-*

è quasi delitto, perchè è tenuto al fatto alieno. Or quest' editto del Pretore, lo fece venir fuori la pubblica utiltà: *publice enim utile est sine metu, & periculo per itinera commeari.* Or niente importa, se 'l luogo, dove la cosa è caduta, sia pubblico, o privato, purchè per quello è solito passarsi. Coll' abitatore si agisce, e se sono più, con ciascuno, quando sia impossibile sapersi, *quis dejecisset, vel effudisset.* Si agisce *in solidum*, e' uno ha pagato il solido, gl' altri si liberano, locchè altrimenti si pratica ne' veri delitti. Or il Pretore dà *in duplum* l' azione del danno. E se per quel colpo è perito un uomo libero, l' azione è di 50. soldi, giacchè dell' uomo libero *nulla æstimatio corporis est*, ma se l'uomo libero non muore, l'azione sarà di tanto, quanto sembrerà equo al Giudice.

Il

strada, per cui n' avvenga o la morte, o 'l danno d' alcuno. Unde in eum locum, quo vulgo iter fiet, vel in quo consistetur, dejectum vel effusum quid erit, l. 1. d. de his qui effud. vel dejec. *Con queste parole volle il Pretore badare a tutte le strade destinate a camminare, o che pubbliche, o che private fossero*, l. 6. d. h. t. *Veniva compreso ancora nell' editto, se o nel sospendersi, o già sospesa qualche cosa, questa cadesse, o si rovesciasse col danno di colui, che camminava, nel qual caso competeva l' azione utile nel doppio a prò di chi* interest damnum non esse datum *contro l' abitatore.*

Il terzo quasi delitto è di colui, il quale in *suggrunda*, *protectove* (1) sopra quel luogo, per dov' è solito passarsi, abbia sospeso, o posto qualche cosa, la di cui caduta potesse nuocere a ta-

(1) *Colla seconda parte dell' editto vietò il Pretore agl' inquilini, e padroni delle case di sospendere, o mettere cosa ne' luoghi della propia abitazione, dalla cui caduta avvenir potesse nocumento a' cittadini*. Ne quis in suggrunda protectove, supra eum locum, quo vulgo iter fiet, inve quo consistetur, id positum habeat, cujus nocere cui possit. *La voce* suggrunda *significa la grondaja, che sporge fuori del muro, destinata a ricevere i stillicidj, affinchè più lunga riesca la durata della fabbrica, siccome c'insegna Varrone* lib. 3. de re rust. cap. 3.. Protectum *dinota la covertura della casa, che sporge in fuori del muro, e Cicerone ne' Top. definì questa voce*, est enim protegere, tectum projicere, *ed Ulpiano*, l. quemadmodum d. ad l. Aquil., *disse*, si protectum meum, quod supra domum tuam, & nullo jure habebam, recidisses. *Il giureconsulto Giavoleno nella* l. 232. §. 2. d. de V. S. *spiegò la differenza, che passa tra il vocabolo* protectum, & immissum, quod protectum esset id, quod ita proveheretur, ut nunquam requiesceret, qualia mæniana, & suggrunda essent; immissum autem, quod ita fieret, ut aliquo loco requiesceret, veluti tigna, trabes, quæ immitte-

a taluno : contro costui il Pretore dà il giudizio di dieci aurei . Dunque basta , che 'l male si possa fare, non che siasi fatto: purchè però la cosa siasi posta in modo , che poss' altrui nuocere .

Il quarto quasi delitto è del marinajo , dell' oste , e dello stallone , se qualche danno, o furto siasi fatto nella nave , nell' osteria , nella stalla , e sono tenuti *in duplum* , poicchè essi in cotesti luoghi esercitano la lor' opera. Queste azioni sono *in factum*, e competono all' erede , non contro di essi , locchè è comune a tutte le azioni penali .

Che se 'l figlio di famiglia giudice malamente giudica , o fa cadere qualche cosa dal suo cenacolo, o la sospende in modo, che può danneggiare alcuno., in questo caso piacque a Giuliano , che si dovesse agire col figlio , e non già col padre, perciocchè l' azione di peculio si dà contro del padre *ex contractu* , la nossale *ex vero maleficio* .

TIT.

terentur ; & l. 2. d. de servit. urb. *In quest' editto del Pretore non si vieta mettersi solamente la grondaja , o tirarsi in fuori la covertura del muro , ma bensì si proibisce mettersi tutto ciò , che cadendo farebbe nocumento a chi cammina, al quale compete l' azione* in factum *contro l'abitatore in dieci soldi ; ma se ciò si commette dal servo* insciente domino, aut æstimationem dari, aut noxæ dedi jubebo *prescrisse il Pretore*.

T I T. VI.

Intorno alle Azioni.

IL terz' oggetto della legge sono le azioni; per intelligenza delle quali è necessario premettere la spiega d' alcuni vocaboli, che sono i seguenti. *Actio*, *condictio*, *petitio*, *vindicatio*, *persequutio*, *actio legitima*, *civilis*, *prætoria*, *seu honoraria*, *directa*, *utilis*, *&* *in factum*. Or la parola *actio* è venuta *ab agendo*, cioè *a tractando*: giacchè l' attore agiva col reo. L' azione così viene definita da Celso: *Actio est jus persequendi in judicio, quod sibi debetur*. La parola *jus* significa *facultas*, cioè la facoltà, la libertà, che ha l' attore d' ottenere quello, che gli si deve. La parola *persequendi* significa andar appresso ad una cosa, finchè si consegna. La parola *in judicio* significa avanti del Giudice, giacchè il luogo, dove sede il Giudice, dicesi *judicium*. Finalmente alle parole *quod sibi debetur*, Otomano vi aggiunge *vel quod suum est*; giacchè primieramente diconsi dovere quelle cose, che non sono ancora nostre. Ma la definizione di Celso non abbraccia le azioni reali, colle quali azioni cerchiamo quello, ch' è nostro. Or io congetturo, che Celso abbia voluto definire le sole azioni personali; Triboniano poi avendo presa la parola *debendi*

nel significato largo, con quella definizione abbracciò tutte le specie di azioni: ed in fatti presa quella definizione nel significato stretto, come dice Papiniano, significa l'azione, *quæ in personam infertur*, cioè personale. L'azione personale con propio vocabolo dicesi *condictio a condicendo*, perchè nell'antica lingua era denunziare, cioè stabilire il giorno, ed il luogo di comun consenso; e come dice Festo, *condictio est in diem certum ejus rei, de qua agitur, denunciatio*. Anticamente conveniva il nome di condizione tanto alle azioni personali, quanto alle reali. Ma poi coll' andar del tempo le azioni reali presero altro nome, el nome di condizione restò soltanto per le azioni personali.

Veng' ora a parlare dell'azione reale, della quale i propj vocaboli sono *petitio*, & *vindicatio*. La parola *vindicatio* è venuta *a vindiciis*, e le vindicie non sono altro, se non che il possesso di qualche cosa; onde *lis vindiciarum* è la lite del possesso, e presso i latini scambievolmente si trovano questi due vocaboli, *vindiciæ*, & *possessio*.

La persecuzione si fa o nella cosa, o nella persona. Le persecuzioni altr' erano ordinarie, altr'estraordinarie, cioè quelle, che non avevano l'esecuzione ordinaria, come quelle de' fedecommessi. L' ordinaria era, quando l'attore chiamava il reo avant' il magistrato, o nel tri-

tribunale, e da questo si dava un giudice; il quale decidesse la lite. La estraordinaria era, quando non si dava il giudice, e la lite si giudicava dallo stesso magistrato.

L'azione legittima è quella, che viene dalla legge, *seu quae ex legitimis, & civilibus caussis descendit*. Le cause legittime sono così le leggi delle dodeci tavole, come le leggi nuove, i plebiscìti, i senatoconsulti, le costituzioni de' Principi, ma non già le interpretazioni de' prudenti, perchè queste non istituiscono azione. Le civili sono quelle, che vengono dal jus delle genti, e furono confermate dal diritto civile.

La pretoria, o sia onoraria è quella, che 'l pretore tiene per apparecchiata *ex sua jurisdictione*. Or fu costume de' pretori proporre negl' editti le azioni civili, locchè si fa manifesto coll'esempio dell'azione del comodato, *l. 1. d. commod.*, nè solamente quelle azioni, che sono negl' editti, si dicono pretorie, ma qui pretoria è quella, che il jus civile ignorò, ed il pretore in primo istituì, colla sua giurisdizione contro l'asprezza del jus civile. Le azioni poi o civili, o pretorie, o sono dirette, se dalle parole della legge, o sono utili, se in mancanza delle parole dalla mente della legge, e dall'editto discendono; però tutte le civili, benchè siano utili, quando s' oppongono alle pretorie, si dicono dirette; al contrario tutte le pretorie, an-

corchè siano dirette, opposte anche alle civili utili, diventano utili.

La prima divisione delle azioni è questa. Alcune sono reali, altre personali. *To in re*, o *in rem est facultas homini competens contra personam; ut det, præstet, faciatve*. Quattro sono i fonti del jus *in re*, *Dominium*, d'onde nasce la vindicazione della cosa: *utile*, *vel quasi dominium*, d'onde l'utile azione *in rem*: *servitus*, d'onde l'azione confessoria, o negatoria: *pignus*, d'onde nasce l'azione ipotecaria: *& hereditas*, o sia il jus di succedere *in universum*, d'onde nasce la petizione dell'eredità. Il fonte poi del jus *ad rem*, *seu ad personam*, è uno; cioè le obbligazioni, dalle quali nascono i diritti de' creditori, e non già i pesi, cioè quel jus, che hanno i debitori di pagare. Agisce alcuno alle volte con quel tale, *qui obligatus est vel ex contractu*, *vel ex maleficio*, sono parole di Triboniano, *quo casu proditæ sunt actiones in personam*, *per quas intendit*, *adversarium ei dare*, *aut facere oportere*, *& aliis quibusdam modis*: queste ultime parole si debbono immediatamente porre dopo quella *vel ex maleficio*, e quell' altre parole, *quo casu proditæ &c.*, le quali si tramezzano tra l'ultima parola *ex maleficio*, e le parole *vel aliis quibusdam modis*, si debbono supporre come rinchiuse da una parentesi. Dunque secondo che dice Cujacio, ed Otomano si deve leggere così, *qui* *obli-*

obligatus est vel ex contractu, vel ex maleficio, vel aliis quibusdam modis, i. e. *ex quasi contractu, vel quasi maleficio, quo casu &c.* Similissima è la locuzione di Cajo, *obligationes aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam jure ex variis caussarum figuris,* cioè dal quasi contratto, o quasi maleficio. Il verbo *dare* significa trasferire il dominio, ma poi con qualche aggiunta significa *tradere*, come se si dica *utendum, vel pignori dare*. Il verbo *facere* comprende non solamente i fatti nudi, come giudicare, andare, passeggiare, m' ancora significa *reddere, solvere, præstare*. Vi sono alcune azioni *in personam*, le quali s'intendono, a ciò si restituisca, o si presta qualche cosa, come l'azione *commodati, depositi, conducti*. Per ultimo è da sapersi, che l'azione *in personam* sempre contro di colui, il quale è obbligato, deve istituirsi, e deve aver luogo. Nè perchè quest' azione si può istituire contro l'erede del defonto, ch'era obbligato a pagare, ciò ci deve recar meraviglia, perchè l'erede rappresenta la persona del defonto: che anzi l'azione *ex maleficio* allora si dà contro l'erede, quando contiene la persecuzione della cosa. Del rimanente non si agisce coll'erede per la pena pecuniaria, se però non si sia contestata la lite col defonto; o l'erede per quel delitto sia addivenuto più ricco. Al contrario si può agire contro di colui ancora, che *nullo*

jure obligatus est, *sed rem possidet*, o che sia propia dell' attore, o che in quella vi abbia l'attore diritto. E perchè l'azione *in rem*, seguita la cosa, s'istituisce contro di colui, che o possiede la cosa, o per dolo malo l' ha lasciata di possedere, *quia pro possessione dolus est*; *l. qui dolo* 131. *d. de R. J.* E giacchè tra'l jus *in rem* vi è la servitù, questa, al pari delle altre cose corporali, si vindica coll' azione *in rem*. Nè ci osta ciocchè abbiamo detto, che quest' azione nasce dal possesso, il quale non vi è delle cose incorporali; perciocchè sul principio il solo usofrutto, poi ad esempio di questo dell' altre servitù si è introdotta una quasi possessione, e quindi l'azione *in rem*, vale a dire, che le cose incorporali si possono vindicare coll' azione *in rem*, ad esempio dell' usofrutto. Ma quell' azione *in rem*, che è venuta fuori per la servitù, in due cose differisce da quella, che compete per la cosa corporale. Ed in primo luogo questa è sempre confessoria, quella può essere o confessoria, o negatoria. L'azione così confessoria, come negatoria non si conosce dalla particella *non*, ma dalla mente stessa dell' attore; La ragione per cui nelle controversie delle cose corporali l' azione non può essere negatoria si è, perchè le azioni sono state istituite, affinchè taluno consegua il propio jus, non già l' alieno. Or nelle controversie delle cose corporali chi ne-

ga,

ga, che la cosa sia di Tizio, *de jure alieno agit, non suo*, giacchè se proverà ciocchè nega, non ne viene in conseguenza, che la cosa, che non è altrui, sia sua: ma nelle controversie delle cose incorporali, l'attore negando *agit de suo*; perciocchè chi dice, che l'avversario non abbia jus sul fondo suo, difende, ed asserisce, che quel fondo suo sia libero. In secondo luogo vindica le cose corporali, chi non possiede, giacchè agendo coll' azione *in rem* altro non pretende, che gli si dia il possesso di quella cosa sua. Or certamente è ridicolo colui, che ripete da un altro il possesso, ch'egli ha. Ma le cose incorporali le può vindicare colui ancora, che possiede, se però l'avversario non permetta di liberamente servirsene. E la ragione è questa, perchè il possesso della cosa incorporale, non come quello della cosa corporale consiste *in solo facto utentis*, ma quello della cosa incorporale consiste ancora nella pazienza di colui, che deve la servitù, e perciò quando questi non vuole più prestare la sua pazienza, turba il nostro possesso, e quasi sembra, che noi lo perdiamo. E bastantemente abbiamo parlato della prima divisione delle azioni, cosicchè non vi è azione, che non sia o reale, o personale. Ma però ve ne sono alcun' altre, le quali non si possono di certo stabilire, quali siano. Or queste diconsi pregiudiziali, *mixtæ tam in rem, quam*

 in

in personam. Le pregiudiziali riguardano lo ſtato dell' uomo, cioè la libertà, l' ingenuità, e la famiglia. La ragione del nome, perchè ſi diſſero pregiudiziali, da un certo autore ſi eſpone: *Præjudiciales dicuntur, quia in modum exceptionum opponuntur; & ante primam quæſtionem de neceſſitate terminantur*. Dunque le azioni pregiudiziali furono così dette, perchè ſi oppongono nelle cauſe, com' eccezioni, e queſt' eccezioni ſi debbono giudicare prima del punto principale della cauſa; onde l' azioni dello ſtato allora ſi dicono pregiudiziali, quando non s' iſtituiſcono in quel fine, perchè dello ſtato ſteſſo ſi decida, ma perchè quindi ne ſeguiſſe il punto principale, o ſia un altro giudizio, come ſe Sejo dà a Stico mille, e queſti li vindica Cajo, come padrone di Stico: al contrario Stico dice di non eſſer ſervo. Or quì ſi deve prima giudicare dello ſtato di Stico, ed intanto reſta ſoſpeſo il giudizio intorno al dominio della coſa data, fintantochè Stico libero, o ſervo ſi giudica. E queſte queſtioni intorno allo ſtato non ſolamente ritardano le cauſe principali, ma ſervono ancora di norma alla futura giudicazione; e queſta è la volgare ſpiega delle azioni pregiudiziali. Ma però eſpoſte queſte a queſto modo ſembrano eſſere piuttoſto eccezioni, che azioni. Io però credo, che ſi ſiano chiamate azioni per abuſo, come l' eccezione del dolo, viene chia-

ma-

mata ancor' azione. Ma però lo stesso Triboniano, il quale primieramente disse, che le azioni pregiudiziali sembravano essere *in rem*, locchè non può dirsi dell' eccezioni, poi soggiunge, *quales sunt, per quas quæritur, an aliquis liber, vel libertinus sit, vel de partu agnoscendo*. Or io esaminando la cosa con maggior attenzione dico così: le questioni intorno allo stato sono di due maniere, o vengono in giudizio, perchè circa lo stato stesso principalmente si decida, come la questione circa lo stato di Virginia presso Pomponio: o mossa la disputa principale incidentalmente cadono, come gl'esempj di sopra recati: in questo secondo caso si chiamano pregiudizj, e sono eccezioni, e perciò nel titolo del Digesto abbiamo, *De exceptionibus, præscriptionibus, & præjudiciis:* in quel primo caso sono propiamente giudizj, e si chiamano azioni: e questi pregiudizj, come dice Teofilo, *non habent conclusionem*, cioè non altro riguardano, se non che taluno sia liberto, od ingenuo, sia libero, o servo, ed a differenza delle azioni per essi non si condanna il reo a fare, dare, o restituire, locchè, come dissi, è necessario farsi nelle azioni. Or secondo il costume de' giureconsulti queste questioni o si propongono in modo di eccezioni, od in modo di azioni, si dicono sempre *præjudicia*. Ci rende sicuri di ciò Ulpiano nella legge *ult. d. si ingen. esse dic. Quotiens de hoc contendi-*

tur;

tur; *an quis libertus sit*, *sive operæ petantur*, *sive obsequium desideretur*, *sive etiam famosa actio intendatur*, *sive in jus vocetur*, *qui se patronum dicit*, e finora le cause di stato vengono incidentalmente in un altra causa, nè sono altro, che eccezioni, *sive nulla caussa interveniat*, cioè vengono principalmente, e sono azioni, *redditur præjudicium*. Or queste cose stabilite così io dico, che l'azioni pregiudiziali sono giudizj, per i quali non mossa alcuna lite di dominio, delle opere, e di alimenti, od altra simile lite, ciò solo s'intende, che intorno allo stato si giudica. Triboniano dice, che queste azioni li sembrano essere *in rem*. Del verbo *videri* si serve chi non è certo di una cosa, benchè i Romani giureconsulti per verecondia si servivano di questo verbo anche in quelle cose, che sapevano di certo. Ma però si può dubitare, se siano *in rem*. Certamente non sono *in rem*, perchè in questi pregiudizj non si controverte di niuna cosa, della restituzione di cui si trattasse, locchè è propio dell'azione reale. Certamente non sono *in personam*, perchè per quelli non si agisce con taluno, il quale è obbligato *ex contractu*, *vel ex maleficio*: nè per quelli si pretende, che uno dia, presta, faccia, com'è propio delle azioni personali. Non sono dunque nè reali, nè personali. Non osta, che la principale divisione dell'azione sia o reale; o per-

personale ; perciocchè quella divisione comprende quelle azioni soltanto, per le quali o si cerca la cosa, la quale è in commercio ; o per occasione di quello, ch' è in commercio, si conviene la persona . Or però lo stato è fuori del commercio . E perchè colui, il quale cerca, che si giudica dello stato, vindica il suo jus, come padrone, scrive Triboniano, che le azioni pregiudiziali li sembrano essere *in rem*, e così si spiega la cosa.

Sieguono ora tre azioni, *quæ mixtam habere caussam videntur tam in rem, quam in personam, puta familiæ ercifcundæ*, la quale compete a' coeredi intorno alla divisione dell' eredità. *Communi dividundo*, la quale si dà a coloro, affinchè si potessero dividere qualche cosa loro comune, ma non già comune per causa di eredità. *Et finium regundorum*, la quale si dà a coloro, che hanno i territorj confinanti. Vi s' aggiunge a queste tre *petitio hereditatis*, la quale si esercita dall' erede legittimo, o testamentario, contro chi possiede *pro herede, vel possessore*. Il giudizio *familiæ ercifcundæ* dicesi misto, perchè *ex duobus constat, i. e. rebus, atque præstationibus, quæ sunt personales actiones*, e ciocchè dicesi di quest' azione, si può dire ancora dell' altre tre. Le prestazioni sono qualunque cosa che uno deve prestare ad un altro *ex bono, & æquo*, cioè ciocchè importa, o perchè qualche danaro siasi speso da uno, o qualche danno siasi inferito

da

da uno ad un altro . Io però dico , che non vi siano queste azioni miste , perciocchè qual mostro è, che possa uno agire con un altro coll' azione reale , o personale. Ed in vero le azioni *familiae erciscundae* , *&* *communi dividundo* sono personali , perchè nascono dal quasi contratto . Le azioni *finium regundorum* , *&* *petitio hereditatis* sono reali . Intorno alla petizione dell' eredità vi è un bellissimo testimonio , qual' è Ulpiano: *Petitio hereditatis*, egli dice, *&* *si in rem actio sit*, *habet tamen praestationes quasdam personales* . Intorno all' azione *finium regundorum* , grandi sono le dissenzioni . Io dico , che sia *in rem*; perciocchè chi agisce con quell' azione , dice , che la parte del fondo sia sua . Osta però la *l. 1. d. fin. reg.*, *finium regundorum actio in personam est* , *licet pro vindicatione rei est* . Ma Cujacio nel *lib. XIII.* di Paolo *ad edictum* , dond' è stato preso cotesto luogo, dice che Paolo questo abbia voluto intendere dire , sebbene l' azione *finium regundorum* principalmente sia *in rem* , ha nulladimeno le prestazioni personali , e con questa bella interpretrazione si toglie ogni ostacolo . Finalmente vi sono alcune azioni , delle quali la causa è, non già il jus, *in rem*, od il jus *in personam* , *sed bonum* , *&* *aequum*, *h. e.* la sola utiltà civile , e l' equità della legge , e dell' editto . Ve ne sono molte altre così in tutto il jus civile , come principalmente nelle

azio-

azioni, *quas æquitas suggerit*, *etsi jure deficiamur*. Le azioni di simil fatta nè propiamente sono reali, nè propiamente personali, ma alle volte le reali, alle volte le personali imitano. Così vi sarà un terzo genere di azioni.

Siccome nella causa, così nelle formole differiscono tra di loro le azioni reali, e personali. Nega Triboniano, che l'attore, il quale per legge agisce *in rem*, possa chiedere da taluno in questo modo, *si paret*, *eum dare oportere*, perciocchè *dare* significa, trasferire il dominio, se però non vi sia altr' aggiunta, perchè allora ha il significato di tradizione, come *pignori*, *vel utendum dare*, onde all' invano cerca, che si trasferisca a se il dominio di quella cosa, ch' è sua, *l. non ut* 159. *d. de R. J.* Soltanto in odio de' ladri, i quali *pluribus actionibus tenentur*, si è introdotto, che oltre dell' azione penale di furto per ricuperare la cosa, si può agire dal padrone col ladro non solo coll' azione *in rem*, ma colla condizione furtiva, o coll' azione personale con quella formolà, *furem dare oportere*. Che cosa sia il verbo *dare* nella condizione furtiva, si cerchi dagl' interpetri; e varie cose hanno detto. Or perchè ciò si possa intendere, bisogn' appigliarci al sentimento di Accursio, il quale dice, che la parola *dare* non significa trasferire dominio, come nel caso ancora del comoda-

ta-

tario, del depositario, e del creditore; ma significa restituire. La formola dell' azione reale è questa. *Ajo rem illam esse meam*: la formola dell' azione personale è questa: *Ajo te mihi dare, facere oportere*. Ma perchè Triboniano parla di formole già sotto di Costantino tolte, io nol sò, dico soltanto, che cotesto luogo di Triboniano contiene la sola notizia dell' antichità, giacchè a tempi del suo Imperadore già erano state tolte le formole, e l' impetrazioni delle azioni, e cominciarono le azioni a concepirsi *in factum*, ed a competere *jure ipso*, *l.* 2. *C. de form.*, & *impetr.*

La seconda divisione delle azioni è questa: alcune sono civili, alcune sono Pretorie. Triboniano dice, che *fere* appena una di queste azioni, ch' è circa la libertà, discende dal diritto civile; le altre poi vengono dalla giurisdizione del Pretore. Or Triboniano con quella voce *fere* ci vuol significare, che quest' azione di sua origine era civile, ma che poi per tant' accessione fatta a questa dall' editto, appena sembrava d' esser legittima. Il giudizio circa l' ingenuità fu istituito dal Pretore; ci è d' argomento il capo dell' editto perpetuo: *si ingenuus esse dicatur*, e forse prima era parte *liberalis judicii*. Pretorio è ancora il giudizio *de partu agnoscendo*. Lo stesso Pretore accomodò molte azioni tanto reali, quanto personali contro il rigore del diritto civile per

sua

sua equità, e con alcune finzioni, che la stessa equità sembrava di richiedere *adcommodabat ad leges, in quas juraverat*: onde Triboniano scrive così: *Plerumque ita permittit Prætor in rem agere, ut vel actor dicat, se quasi usucepisse, quod non usuceperit: vel ex diverso possessorem dicat adversarium suum non usucepisse, quod usuceperit*. Questi due modi di dire illustrerò con esempj: ed affinchè quello, che si è in ultimo luogo proposto, in primo luogo io spieghi, parlerò delle azioni Publiciana, rescissoria, e Pauliana, che dal Pretore sono state accomodate, mutati i fatti per le finzioni. La Publiciana si dà a colui, il quale casualmente perdè la cosa, che gli fu data per giusta causa dal non padrone di quella, la quale non ancor' aveva usucapita, acciò possa cercarla dal possessore non padrone, come se già l'avesse usucapita. Or ecco la finzione del pretore; cioè finge, che uno abbia usucapito una cosa, che in verità non ha usucapita. Ho detto data, perchè senza la tradizione i dominj delle cose non si possono trasferire. Ho detto per giusta causa, perchè per trasferirsi la cosa colla tradizione, vi deve andare unita la giusta causa. Or perchè vi sono alcune cose, delle quali il dominio si acquista *ipso jure*, e senza tradizione, come i legati, le donazioni *caussa mortis*, se taluno abbia quelle acquistate senza fatto dell'erede, o del donatore, e ne perde il possesso pri-

prima di usucapirle, agisce coll' azione Publiciana. Alcune volte però, quantunque non vi sia niuna giusta causa, e vi sia la semplice tradizione, questa basta per potere avere l'azione Publiciana, se per qualche giusto errore di fatto si creda, che vi fosse la tradizione intervenuta: come se taluno dal furioso (dal quale fatta la vendita è nulla) ignorando, che tale fosse, compra. Dico non *a domino*, perciocchè a chi per giusta causa si fa la tradizione di una cosa da uno, ch'è padrone, questi subito diventa padrone, nè ha bisogno dell' usucapione. Ma perchè abbia luogo la Publiciana debbono concorrere quelle cose tutte, le quali sono necessarie all' usucapione, da ciò si rileva, che vi è necessaria la buona fede, e perciò bisogna comprare da uno, che non è padrone, ma che si creda padrone, o da uno, che abbia il jus di alienare. Dico *non dum usucaptam*, perchè chi riceve una cosa da uno, che non è padrone, e l'usucapisce, costui ha la vindicazione della cosa, e non ha bisogno della Publiciana. Dico *casu amisit*, perchè se uno non ha la cosa, non già per casualità, o perchè la vende, o per altro suo fatto la perde, non gli compete il beneficio del pretore. Finalmente, dico a *possessore non domino*: perciocchè siccome è cosa giustissima, che colui, che con buona fede, e giusto titolo aveva incominciato a possedere, sia preferito a qualunque

nuo-

nuovo possessore; così è cosa ingiustissima, che sia preferito al padrone. La causa dell' azione Publiciana, e di questa la formola ci propone Triboniano in queste parole, *sed quia sane durum erat eo casu deficere actionem, inventa est a prætore actio, in qua dicit is, qui possessionem amisit, eam rem se usucepisse, quam non usucepit*, ecco la finzione, *& ita vindicat suam esse*.

La rescissoria dicesi ancora Publiciana. Paolo dice nella *l. in honorariis* 35. *d. de O. & A. Publiciana ad exemplum vindicationis datur, sed quamvis rescissa usucapione redditur, anno finitur*. La rescissoria si dà a colui, i beni del quale, ch' è presente, sono stati usucapiti dall' assente, od a colui, i beni del quale, ch' è assente, sono stati usucapiti dal presente, acciò con questa rescissoria l' antico padrone di quelli, rescissa l' usucapione, li ripeta, come se non fossero stati mai usucapiti. Nell' uno, e nell' altro caso sembrò cosa equa al pretore di soccorrere agl' assenti, che non si possono difendere contro i presenti, che posseggono, ed a questi contro gl' assenti, che posseggono. Cessa però il benefizio del pretore, se però il padrone presente per mezzo de' procuratori, e difensori assenti, potè sperimentare la sua ragione. Ma però non è la stessa la ragione di colui, il quale assente usucapì i beni del presente, che di colui, ch' essendo assente, i suoi beni

furono usucapiti da un presente. E' necessario, che costui sia lungi o per causa necessaria, o volontaria per qualche causa probabile, cioè per studiare &c., e purchè costui, ch'è lontano, lasciò un procuratore, il quale o non ha difeso il suo principale, o sia già morto. Per quell'altro poi è bastevole qualunque causa di lontananza. Ma per diritto nuovo di Giustiniano colui, il quale stà nella Città, può lagnarsi dell'assente, che usucapì, avant' il Preside della Provincia, del Vescovo, o del difensore della Città: e se costoro sono assenti, può pubblicamente proporre il libello, esponendovi la sua volontà, dove risiede il possessore, sottoscritto dal tavolario, o da' tre testimonj, e così può interpellare l'usucapione. Dunque in questa parte cessa l'editto.

Per l'azione Paoliana, rivocano i creditori quelle cose, delle quali fu fatta la tradizione dal debitore in loro frode, come se fatta non se ne fosse mai la tradizione. Triboniano fa menzione solamente della fraudolente tradizione: ma generalmente il pretore promette, che sarebbe per dare il giudizio *de his, quæ fraudationis caussa gesta erunt: quæ verba omnem omnino rem in fraudem factam, vel alienationem, vel quemcumque contractum continent &c.*: non però il lucro omesso, *pertinet enim edictum ad deminuentes patrimonium suum, non ad eos, qui id agunt, ne locupletentur*. La Paoliana si speri-

rimenta col possessore coscio della frode, se possiede *ex caussa onerosa*, si sperimenta ancora col possessore inconsapevole, se possiede *ex lucrativa*, e parimente col di lui erede in tuttociò, che all'erede è pervenuto. Ci dà Triboniano la formola della Paoliana, simillissima alla formola dell' azione rescissoria, in queste parole. *Permittitur ipsius creditoribus rescissa traditione rem petere*, i. e. *dicere*, *rem traditam non esse*, & *ob id in bonis debitoris mansisse*. Or o si agisce colla rescissoria, o colla Paoliana, non è necessario istituire un giudizio particolare per rescindere l'usucapione, o la tradizione. Lo stesso pretore col suo impero, ciocchè per legge s'è fatto, lo rescinde col contrario fatto, cioè colla stess' azione accordata, e finge non fatto, ciocchè per legge s' è già fatto. Otto esempj delle azioni pretorie, che niente di finto hanno, ci propone Triboniano, due cioè delle azioni reali, e gl' altri delle azioni *in personam*. Le due azioni reali sono la Serviana, e la quasi Serviana; perciocchè nascono dal jus *in rem*, cioè dal pegno, o dall' ipoteca. Propiamente dicesi pegno, quel che dal debitore si dà al creditore, acciò sia obbligato pel suo debito. L'ipoteca poi è quella cosa, che s' obbliga per mezzo di una nuda convenzione, e di questa non si fa tradizione al creditore, acciò sia obbligata pel debito. Quindi il pegno è piuttosto delle cose mobili, delle

quali vi è vera tradizione. L'autorità poi del pretore fece *jus in rem* il pegno, e l'ipoteca; e perciò ne' libri della legge si scambia il pegno per l'ipoteca, *l.* 1. *d. de pign. act.* Prima per diritto civile non v'era azione *in rem*, per la quale il creditore poteva perseguire i beni a se dati in pegno, od obbligati col nudo patto. Era bisogno per quell'azione, che o la cosa si cedesse *in jure* dal debitore, o contratta la fiducia si mancipasse. Ma perchè non tutte le cose si potevano mancipare *ex jure quiritium*, nè da tutti, nè sempre, nè in ogni luogo, perciò in una cosa necessaria, e difficile il Pretore Servio al creditore diè soccorso, ordinando, che la cosa stessa in grazia del creditore fosse affetta di quel patto, col quale quella s'era data in pegno, o s'era sottoposta all'ipoteca.

A costui dunque accordò l'azione, che dicesi Serviana. Non si deve però taluno meravigliare, che dalla nuda convenzione, qual'è l'ipoteca, si dia dal Pretore l'azione, quandochè i nudi patti nè per diritto civile, nè Pretorio partoriscono per legge azione, *l. juris gentium* 4. §. 4. & 5. *d. de pact.*: imperciocchè n'eccettuò il Pretore alcune cose, *quarum fidem fallere grave est*. L'azione Serviana la sperimenta taluno intorno alle cose del colono, le quali sono tenute a lui per la mercede del fondo, *jure pignoris*. Le cose del colono

so-

sono e i frutti, che in quel fondo nascono, o le cose, che stanno in servizio del fondo, come i buoi, i cavalli, i servi, ed altre cose; le quali si portano nel fondo, perchè quivi stiano in perpetuo. I frutti s'intendono tacitamente obbligati in pegno al padrone del fondo, ancorchè ciò nominatamente non siasi convenuto: le cose poi nel fondo portate, come i buoi, i cavalli &c., non sono obbligate al padrone, se di ciò non si convenne. Al contrario, perchè i predj urbani non partoriscono frutti, s'intendono al padrone obbligati tutt'i beni, che gl' inquilini vi portano: e da ciò si è introdotto il costume, che i coloni i frutti, gl' inquilini le loro robe obbligassero nominatamente: e poi il costume passò in legge. Soltanto del colono, e dell' espresso pegno per le cose portate nel fondo Servio fece il suo editto, coll' andar del tempo poi a tutt'i creditori fù permesso di perseguire così i pegni, come le ipoteche espresse, e non espresse coll' azione quasi Serviana, cioè coll' azione istituita ad esempio della Serviana, la quale si chiama *utilis Serviana*, e comunemente *hypothecaria*; e questa ipotecaria si dà ancora intorno alle tacite ipoteche. e perciò quello, che scrive Triboniano di quella, *nam de qua re inter creditorem, & debitorem convenerit, ut sit pro debito obligata &c.*, l' ha scritto a cagion d' esempio. E perchè quell' azione perseguisce i pe-

pegni, e le ipoteche senz' alcuna differenza, in questo modo dice Triboniano, *inter pignus, & hypothecam quantum ad actionem hypothecariam attinet, nihil interesse*. Delle azioni Pretorie personali alcune sono persecutorie della cosa, altre poi sono penali. Personale persecutoria della cosa, è l' azione *de constituta pecunia*. In questo senso il costituto diceasi da giureconsulti la nuda convenzione, colla quale ciascuno promette di pagare ciocchè deve, od ancora ciocchè deve un altro: se poi v' interviene la stipolazione, è pronta l' azione civile. Non si costituisce, se non quello, che già si deve, o per diritto civile, o Pretorio, o solamente per natura, o puramente, o *in diem*, o *sub conditione*, nè importa, se taluno promette di pagare quello stesso, che si doveva, o per quello stesso, cioè per cento ducati, tanto grano, che ascendesse allo stesso prezzo: e se promette di pagare il danaro con quel modo stesso, col quale si doveva, o nel giorno antecedente, od in un altro luogo; e finalmente se promette di pagare al creditore, o ad un altro, purchè ciò si faccia col consenso del vero creditore: si costituisce, o promette lo stesso debitore, ed un altro in sua vece. Era simile alla costitutizia l' azione recettizia, la quale viene dal verbo *recipere*, che significa *promittere*. In ciò differiva la recettizia dalla costitutizia, perchè

chè questa era Pretoria, quella civile, questa più larga nelle persone, più stretta nelle cose, quella più nelle persone stretta, e più larga nelle cose; ed in altre cose simili. Finalmente Giustiniano tolse la recettizia, e tutto quello, che dippiù in questa era, trasfuse nella costitutizia, ma volle, che solamente si potesse costituire di pagare il debito, secondo il jus antico. La second' azione Pretoria personale persecutoria della cosa è l' azione *de peculio filiorumfamilias, servorumve*. La terza è l'azione *in factum ex jurejurando*. Per diritto civile la stessa è la forza del giuramento, che quella del patto nudo, *l. tutor* 35. *d. de jurejur.* L' uno, e l' altro era necessario confermarsi dalla legge, affinchè potesse partorire l' azione: ma come la legge confermò molti patti nudi, da quel solo giuramento fece nascere l' azione, col quale il liberto promette al padrone un danno, e le sue opere. Il pretore poi voll' accordare l' azione dal giuramento, il quale si deferisce *ex convictione litigatorum*. I giuramenti sono di trè specie: il primo dicesi volontario, cioè quello, che per convenzione una parte deferisce all' altra *extra judicium*. Il secondo dicesi giudiziario, ch' è quello, che una parte deferisce all' altra avanti del giudice, e col comando del medesimo giudice: il terzo dicesi necessario, ed è quello, che nelle cause dubbie di sua autorità il giudice impone ad una delle

parti. E questo giuramento s' è introdotto, come un gran rimedio per metter fine alle liti. Or perchè quest' azione nasce dal patto, è chiaro, che questa si dia, così pel giuramento volontario, come pel giudiziario; che si dia pel volontario, non se ne dubbita, perchè in questo vi è una manifesta convenzione; perciocchè chi offerisce il giuramento all' avversario, lo fa giudice della sua causa, e sembra di pattuire coll' avversario d' aver per buono tutto ciò, su di cui giurerà. Che si dia poi pel giuramento giudiziario, nemmeno se ne può dubbitare, perchè in quell' ancora vi è una non oscura convenzione. Chi deferisce il giuramento in giudizio, fa ciò sapendo, che può l' avversario o prestare il giuramento, o deferire il giuramento, ed esso nell' uno, e nell' altro evento dev' acconsentire, e giacchè colui, a cui il giuramento si deferisce, può o liberamente giurare, o deferirlo; o giura, o deferisce, di sua volontà giura, e di volontà sua lo deferisce, e così sempre il giuramento sarà dalla convenzione delle parti. Ciò si conferma con un rescritto di Diocleziano, e Massimiano nella *l.* 8. *d. de reb. cred.*, i quali dicono. *Actor, delato, vel relato jurejurando, si juraverit, ad similitudinem judicati in factum actio competit*. Fa menzione il rescritto del giuramento deferito, e perciò questo luogo si dev' intendere del giuramento giudiziario. Or

coll'

coll' azione, che nasce dal giuramento non si cerca, se ciò, che s' è giurato, sia vero, o nò, ma si cerca, se veramente si sia giurato; e perciò diceſi *actio in factum*; perciocchè la stessa convenzione de' rei fa, che il fatto stesso sia in luogo della pruova.

Delle azioni Pretorie penali la prima è l' azione *albi corrupti*, intorno alla quale così Ulpiano nella *l. 7. d. de jurisd.*, *si quis id, quod jurisdictionis perpetuæ caussa, non quidem prout res incidit, in albo, vel in charta, vel in alia materia propositum erit, dolo malo corruperit, datur in eum quincentorum aureorum judicium, quod populare est*. Dice *quod jurisdictionis perpetuæ caussa*. La perpetua giurisdizione è l' editto perpetuo, perchè tutte le cause, e tutto l' impero del Pretore comprende. All' editto perpetuo oppone Ulpiano il temporario, cioè quell' editto del Pretore, che proponevasi per qualche cos' accaduta, e perciò dice *non quidem prout res incidit*. Dice dippiù, *vel in charta, vel in alia materia*. Cujacio pretende, che siano queste parole d' un antico glossatore; ma che siano di Ulpiano ce lo conferma un luogo di Paolo in queste parole, *is, qui album raserit, sustulerit, corruperit, mutaverit, quidve aliud propositum, edicendi caussa*. To *quidve aliud*, sono parole, che certamente riguardano quelle cose, che fuori dell' altro nella carta, e nelle membrane dal Pretore si proponevano.

La

La seconda è l'azione *de parente, patronove sine venia in jus vocato*. Or dice il Pretore quel servo, o quel figlio, che chiama in giudizio senza mio permesso il padrone, il padre, ed i figli di questi, od il padre, e la madre del padrone, o della padrona, *& in infinitum*, costui sarà gastigato colla pena di cinquecento ducati. I figli, che 'l Pretore proibisce di chiamare in giudizio il padre senza il suo permesso, sono i figli emancipati, i quali possono aver lite col padre: per gl' altri figli di famiglia non vi può esser lite, se non se pel solo peculio castrense. E se questi non potevano pagare, perchè poveri, si gastigavano dal Prefetto della Città, come inofficiosi. Mosse il Pretore la riverenza dovuta al padre, ed al padrone, ed il timore ancora, *ne in eos famosa actio intenderetur*.

La terza è l'azione contro di colui, che tolse per forza il reo dalle mani dell' attore, che lo portava in giudizio. E ciò è vero anche nel caso, che lo facesse liberare per mezzo d' altri. Contro di colui dunque, *qui vi exiмit reum*, dice Ulpiano, che si dà il giudizio *in factum*, che vale a dire, che colui deve pagare all' attore, dalle cui mani tolse il reo, tutto il danno, che gli ha fatto per quest' oprato, ed in quel giudizio non si contiene ciò, *quod in veritate est, puta, quod revera interest actoris, sed quanti ea res est ab actore æstima-*

ta,

ta, de qua controversia est, etiamsi calumniator quis sit.

La terza divisione delle azioni è questa, alcune contengono la persecuzione della cosa, alcune della pena, altre della cosa e della pena, che propiamente si dicono miste. Si sono inventate queste azioni per conseguire la cosa, e quella soltanto, che dal nostro patrimonio a noi manca, cioè le cose nostre, e le cose a noi dovute, le quali benchè sono ne' nostri beni, nulladimeno col fatto si sono separate dal nostro patrimonio. Tali sono le azioni *in rem*, *& fere* tutte le azioni *in personam ex contractu*. To *fere* riguarda l' azione del deposito, la quale si dà contro di colui, il quale nega il deposito miserevole, e si dà contro dell'erede di colui, se qualche cosa si è fatta per dolo dello stesso erede, ed è *in duplum*, nel quale vi si contiene il simplo, e perciò è mista. Or questa sola azione se n'eccettua dalle personali. Miserevole deposito dicesi quello, che taluno ha depositato nelle mani d' un altro per causa di tumulto, di ruina, d'incendio, o di naufragio.

Per perseguire la pena si sono inventate le azioni del furto o manifesto, o non manifesto, dell' ingiurie, dell' albo corrotto, e del padre, e del padrone senza permesso del pretore chiamato in giudizio. Or queste tutte sono persecutorie della pena.

So-

Sono miste le azioni *de vi bonorum raptorum*, *de damno injuria dato*, e l'azione *ex testamento in duplum*, la quale si dà contro di coloro, che negano un legato, un fedecommesso lasciato dal testatore alle Chiese, e ad altri venerabili luoghi, o differiscano tanto di soddisfarli, finchè sono chiamati in giudizio. Questa sola azione mista nasce dal quasi contratto; le altre così penali, come miste sono da' malefic j.

La quarta divisione delle azioni è questa. Alcune si danno nel simplo, altre nel doppio, altre nel triplo, altre nel quadruplo. Nel simplo sono le azioni, che nascono *ex stipulatione*, dal mutuo, dalla compra e vendita, dalla locazione e conduzione, dal mandato &c.. Ordunque taluno, che manca in alcune di queste cose, deve pagare il simplo. Nel doppio sono le azioni del furto non manifesto: del danno fatto con ingiuria per la legge Aquilia, se si negherà il danno: del deposito miserevole *ob inficiationem*: del legato lasciato a' luoghi venerabili, purchè o si nega, o si tardi a dare: del sevo corrotto contro di colui, per consiglio del quale il servo alieno sia fuggito, o sia addivenuto contumace contro del padrone, o ha incominciato a vivere lussuriosamente. Intorno al servo, e non già intorno al figlio di famiglia corrotto è venuto fuori l'azione, perchè il figlio di famiglia non è nel patrimonio del pa-

padre, siccome il servo è nel patrimonio del padrone, sì perchè ancora il padre con istituire quest' azione dissonorarebbe il figlio. Del furto, e del servo corrotto le azioni sono *in duplum omnimodo*, vale a dire o da colui si nega il fatto, od il reo stesso lo confessa: e quando si agisce coll'azione del servo corrotto, si dupla la stessa estimazione delle cose tolte dal servo. Nel triplo è l'azione contro di colui, il quale inserì nel libello della convenzione una quantità maggiore della vera estimazione, che conseguir doveva, acciocchè per questa caussa, cioè se per essersi dichiarato creditore di più quantità, i portieri sotto nome di sportole esiggessero un salario doppio. Or questi salarj secondo la quantità, che si confessava nel libello, crescevano, ed a misura del credito si dovevano estimare. Dunque se ho dato più al viatore, o sia portiere, perchè più da me hai richiesto a me, contro di te compete *condictio ex lege*, per la quale il danno a me dato conseguirò col triplo, nel quale vi è il simplo. Questa condizione fu la prima volta istituita dalla costituzione di Giustiniano, la quale fu inserita nel Codice. Or tutte le azioni, si vuol avvertire, le quali si danno per le nuove costituzioni, e non hanno il propio nome, si chiamano *condictiones ex lege*. Nel quadruplo sono le azioni del furto manifesto: l'azione *quod metus caussa* contro di colui, il quale ha fat-

fatto lucro per gran timore incusso a chi agisce: l'azione *in factum* contro de' calunniatori, cioè contro di coloro che riceverono danaro, *ut calumniæ caussa negotium alicui facerent*, *vel non facerent*. Finalmente *condictio ex lege* compete contro del viatore, che ha ricevuto da'rei sportole maggiori dell'equo, e del giusto: e l'azione de' beni rapiti per forza. Il quadruplo nel giudizio del furto manifesto è tutta pena: negl'altri poi, nel quadruplo si contiene il simplo. Per jus nuovo di Giustiniano, il viatore dà il simplo a chi ha sofferto il danno, el triplo all'erario. Inoltre è da sapersi, che colui, il quale *metus caussa* si piglia il danaro da uno, si deve gastigare col quadruplo, come s'è detto, ma se prima, che'l giudice proferisca la sentenza, questi restituisce il danaro, che si ha preso, non è più tenuto di pagare il quadruplo.

La quinta divisione delle azioni è questa. Alcune sono di buona fede, altre *stricti juris*, altre arbitrarie. Di buona fede sono le azioni, che nascono dalla compra e vendita, dalla locazione e conduzione, dalla gestione de' negozj, dal mandato, dal deposito, da quella *pró socio*, dalla tutela, dal commodato, ed ancora la pegnoratizia, *familiæ erciscundæ*, *communi dividundo*, *præscriptis verbis*, la quale si propone *de æstimato*, e quella, che compete *ex permutatione*, la petizione dell'eredità, e l'azio-

zione *ex stipulatu*, *de dote*, sono tutte di buona fede. Le altre se non sono arbitrarie, sono *stricti juris*. L' azione estimatoria *præscriptis verbis* compete, quando la cosa già estimata si dà a vendere, acciò colui, il quale quella cosa mia riceve, o restituisca la cosa stessa incorrotta, o di quella l' estimazione, della quale si è convenuto, *l. 1. pr. & §. æstimatio. 1. d. de æstimatoria*, e questo negozio dicesi civile, innominato, e di buona fede, e per questo compete l' azione *præscriptis verbis*. Dello stesso genere è ancora la permutazione, la quale è un contratto *do ut des*, e compete ancora l' azione *præscriptis verbis*. Il nome dell' azione estimatoria non è civile, nè legittimo, ma è naturale, e viene dall' estimazione, che si fa della cosa, così ancora è il nome della permutazione. Tutte le altre azioni *præscriptis verbis* sono *stricti juris*. La petizione dell' eredità, perchè ha le prestazioni personali, Giustiniano la novera tra le azioni di buona fede, *in l. ult. C. de her. pet.* L' azione *ex stipulatu* è di buona fede; ma soltanto quella, che s' istituisce per ripetere la dote, altrimenti è *stricti juris*. Venne questa in luogo dell' azione *rei uxoriæ*, la quale era di buona fede. Or Giustiniano, avendo abolito l' azione *rei uxoriæ*, fece di buona fede l' azione *ex stipulatu* per ripetere la dote, e permise, che la moglie, el suocero la potessero sperimentare, quantunque non si fosse

in-

interposta niuna stipola, e che poi l' estraneo non altrimenti, che se abbia stipolato, di restituirsi la dote, in caso, che il matrimonio si sciogliesse. Dippiù diede alla moglie per causa della dote, così avventizia, cioè quella, che aveva ricevuta da chiunque, come profettizia, cioè quella, che aveva ricevuta dal padre la tacita ipoteca sopra de' beni del marito; e la volle preferita agl' altri creditori ipotecarj, benchè anteriori, *l. ult. C. qui pot. in pign.* Nel §. 29. si trova scritto, *Præferri aliis creditoribus in hypothecis tunc censuimus, cum ipsa mulier de dote sua experiretur, cujus solius providentia hoc induximus. To solius*, malamente Teofilo riferisce questa parola alla dote, acciò così si separa dalla dote la donazione *propter nuptias*. Si riferisce quella voce alla moglie, a cui sola si è concesso il diritto della prelazione, non agl'estranei, che stipolano restituirseli la dote, non al padre, non all' erede estraneo. Ma però i figli eredi della madre hanno lo stesso jus della madre. Or si domanda, perchè le azioni alcune si dicono di buona fede, alcune *stricti juris?* In ogni contratto si deve prestare la buona fede. Ma perchè vi sono alcuni contratti, ne' quali la buona fede principalmente si esigge, nel qual senso si dice, che *eis inesse bonam fidem*; perciò si chiamano questi di buona fede; al contrario poi *stricti juris* quelli, ne' quali la buona fede *non*

in-

inest. Ne' contratti di buona fede s' attende il buono, e l' equo: in quelli poi *stricti juris* s' attende la sottigliezza della legge. Ne' giudizj di buona fede può l' arbitro, dice Seneca, *detrahere aliquid*, *&* *adjicere*, *&* *sententiam suam*, *non prout lex*, *&* *justitia suadet*, *sed prout humanitas*, *&* *misericordia impulit*, *regere*. Ho detto, che ne' contratti di buona fede *maxime* si richiede la buona fede. To *maxime* dimostra, che da questa parola ne siegue. I. che sono nulli per legge i contratti di buona fede, se ad essi il dolo ha dato causa, cioè se taluno per dolo si sia indotto a contrarre, altrimenti non avrebbe contratto, *l.* *&* *eleganter* 7. *pr. d. de dol. mal.*, ma i contratti *stricti juris* fatti per dolo vagliono per sottigliezza di legge, e nata da questi l' azione, si dev' elidere coll' eccezione del dolo malo. II. che restituita la cosa fatta deteriore per causa de' contratti di buona fede, si può agire con quella stess' azione, colla quale potevasi agire prima, che la cosa se li restituisse, ma restituita la cosa deteriore per causa de' contratti *stricti juris*, l' antica azione perisce, e vi è necessaria l' azione *de dolo*, se vi è il dolo intervenuto. III. che i contratti di buona fede ammettono le mutue prestazioni, cioè le usure, benchè non espresse, *ex bono*, *&* *æquo*, *l. ex emto* 11. §. 1. *d. de act. emt.*, e per la tardanza le usure, ed i frutti, *l. mora* 32. §. 1., *&* *l.* 34. *d. de usur.*, e questo è *bonam fi-*

 dem

dem inesse, cioè intendersi le cose, benchè non espresse: al contrario poi ne' contratti *stricti juris* niente fuori di ciò, che nominatamente si è convenuto, s' intende, e si deve, *l. cum qui* 22. *d. de donat.*. IV. che ne' giudizj di buona fede la compensazione si fa *ipso jure*, e perciò se tu mi devi cinquanta, ed io devo trenta a te, tu veramente mi sei debitore in venti, e di questa somma le usure, *l. si ambo* 10. *pr.*, *l.* 11. & 12. *d. de compens.*, e se per errore tu mi paghi i cinquanta, puoi avere i trenta, com' indebito; ma ne' contratti *stricti juris* sul principio nè per legge, nè per eccezione si faceva la compensazione: poi per un rescritto di Divo Marco incominciò a farsi, opposta l' eccezione del dolo. *Denique placuit inter omnes id, quod invicem debetur, ipso jure compensari*; e ciò ancora ne' giudizj *stricti juris*. Però non si compensa se non se il debito liquido, confessato, e presente. Però nel deposito non si dà luogo alla compensazione, ma la cosa stessa si deve restituire. Per riguardo alla compensazione questo di nuovo ha fatto la Costituzione di Giustiniano, cioè che la compensazione ancora nella cosa diminuisce l' azione *ipso jure*, cosicchè sia lecito al possessore di quella cosa, opposta la compensazione, ritenersi la cosa stessa; quandoche prima non v' era niuna contribuzione del corpo, e della quantità: nè altrimenti chi aveva presso di se una certa specie,

po-

poteva opporre la compensazione, che se quando questi, perduta la cosa per suo dolo, o colpa, o fatta deteriorare, incominciasse a dovere l'estimazione di quella. Ma ci dobbiamo meravigliare di Triboniano, che la sol' azione del deposito eccettua, quandochè Giustiniano non solamente al depositario, m' ancora *occupantibus possessionem alienam perperam*, nega la compensazione. Bellissima è la congettura di Gerardo Nood, il quale la voce *solam* sostiene, che significa *specialmente*, *principalmente*, e così difende Triboniano. Abbiamo quindeci azioni di buona fede. Nient' importa se siano dirette, o utili, o contrarie. Or si domanda, perchè questi si dissero contratti di buona fede, quell' altri poi *stricti juris*. La ragione si è, perchè i contratti di buona fede servono più alla società, ed hanno le mutue prestazioni, e questa ragione si reca da Ubero. Tutte le altre azioni, che non sono nè *stricti juris*, nè di buona fede, diconsi arbitrarie. Tra le arbitrarie si novera l'azione *ad exhibendum*, giacchè non è nè di buona fede, nè *stricti juris*. Grand' è la discordia tra gl' interpetri della legge, quale sia la natura delle azioni arbitrarie. Dice Triboniano, che siano quelle, che dipendono dall' arbitrio del giudice. Or che cosa sia l'arbitrio del giudice, in due modi lo espone. In primo luogo dice, che ne' giudizj arbitrarj il reo, se per arbitrio del giudice non

soddisfa all' attore, si deve condannare: poi soggiunge, che in questi giudizj si permette al giudice di estimare *ex bono*, *&* *æquo* secondo la natura di quella cosa, intorno alla quale si è trattato; giacchè è necessario soddisfarsi all' attore. Ma oscurissimo è Triboniano. Io spianerò la cosa chiaramente. Non una è la ragione di tutte le azioni arbitrarie. Alcune si dicono arbitrarie dall' arbitrio del giudice, al quale necessariamente deve precedere la sentenza, e questo anticamente era compreso nella formola, *si paret, fundum, de quo agitur, P. Servilii esse, neque is fundus restituatur, Judex condamna.* Dunque quì l' arbitrio è il comando, o piuttosto l' ammonizione del giudice. Deve il giudice ammonire il reo, perchè restituisca, esibisca, o dia *ex caussa noxali*: e se obbedisce il reo all' arbitrio, si assolve: se non obbedisce, si condanna in una pena più grave. Di simil fatta sono le azioni reali così pretorie, come civili, eccettuatane però la sola petizione dell' eredità, la quale è di buona fede. Di tal fatta sono ancora le azioni *ad exhibendum*, *de dolo*, *quod metus caussa*, *&* *noxales*. Di ciascuna parlerò. Se taluno agisca *in rem* con taluno, il giudice tostocchè conosce, che la cosa sia dell' attore, non subito può condannare il reo, ma dev' ammonirlo, perchè restituisca la cosa co' frutti, e ciò si contiene nell' arbitrio: se 'l reo restituisce la cosa co' frutti, si

as-

assolve : se non la restituisce ; avendo il reo la cosa, *manu militari* se li toglie il possesso di quella, e sarà condannato *nomine fructuum, omnisque caussæ* : Se poi il reo nasconde la cosa per non restituirla, il giudice faceva giurare l' attore, quant' era la roba, che se li doveva, ed in tuttocciò, che giurava l' attore, il giudice condannava il reo ; e così il giudice gastigava il dolo, e la contumacia del reo. Nell' azione ancora *ad exhibendum* si giura nella lite intorno al dolo per la contumacia del reo, il quale comandato di esibire, o restituire, non esibisce, o restituisce. L' azione *ad exhibendum* si dà contro di colui, il quale possiede la cosa, perchè porti in pubblico, e dia la facoltà di quella vedere, e toccare, e ciò propiamente significa *exhibere*: e s'istituisce ancora contro di colui, il quale per dolo ha finito di possedere. Coll' azione del dolo, se non vi sia altr' azione, si agisce con colui, il quale ci hà ingannato, perchè, ciocchè noi abbiamo perduto per suo dolo, ci restituisca ; o si condanna a tutto ciò, che a noi importa. Di vantaggio nell' azione *quod metus caussa*, se il reo per arbitrio del giudice non restituisce ; tutto ciò, che deve restituire, si quadrupla. Le azioni nossali poi sono arbitrarie, se sono dirette arbitrarie. Dunque non sono arbitrarie le nossali del furto, del danno fatto per ingiuria, perchè le azioni dirette nossali non sono arbi-

trarie: al contrario sono nossali arbitrarie le azioni *quod metus caussa*, *de dolo*, perchè le azioni dirette nossali sono parimenti arbitrarie: E finora le cose dette intorno a questo genere dell' arbitrarie si confermano da Triboniano, il quale intorno all' azione *quod metus caussa* dice, *ejus natura*, cioè la natura dell' arbitraria azione, *tacite contineri*, *ut*, *qui judicis jussu ipsam rem actori restituat*, *absolvatur*: se non restituisce, si deve condannare nel quadruplo. Vi sono poi alcun' altre azioni, dette arbitrarie parimenti dall' arbitrio del giudice, ma non già da quello, che deve precedere la sentenza, ma da quello, col quale giudica, come bisogna soddisfarsi all' attore. Le azioni di questo genere sono *stricti juris*, ma poi per la qualità, che viene, *ex accidenti* diventano arbitrarie. Se tu mi devi qualche cosa *ex mutuo*, *stipulatione*, *testamentove*, io hò diritto di agire con te colla condizione *certi* pel mutuo, coll' azione *ex stipulatu*, od *ex testamento*, le quali sono tutte *stricti juris*: ma se ciò, che tu mi devi, si deve pagare in un certo luogo per diritto stretto, io non posso agire in un altro luogo, se non in quello convenuto; ma perchè è cosa iniqua, che tu appostatamente, o per qualche affare non portandoti in quel luogo, io non posso teco agire: si dà a me per ripetere la cosa l' utile azione *de eo*, *quod certo loco*, per la quale in un altro luogo posso io agire, fatta

la

la commemorazinne del luogo, dove la cosa si doveva; ed ecco che l' azione *stricti juris* diventa arbitraria *ex accidenti*: e la condanna del prezzo di questa cosa, che io ripeto, alle volte è di maggior quantità di danaro, alle volte di minor quantità, perchè, secondo la diversità de' luoghi, varj sono i prezzi, e vario il modo delle usure. Alle volte ancora si dev' assolvere il reo, avendo data la cauzione di pagare in quel luogo, dove la cosa si è promessa: le quali cose tutte sono permesse all' arbitrio del giudice. Lo stesso s' osserv' ancora nelle azioni di buona fede, ma per natura della stess' azione; a differenza dell' azione *stricti juris*, che si fa dal giudice.

L'ultima divisione delle azioni è questa. Per alcune sempre conseguiamo il solido: Per alcun' altre poi alle volte il solido, alle volte meno del solido. Conseguiamo meno del solido per l' azione *de peculio*, se vi sia nel peculio del mio debitore meno di quello, che mi si deve: parimenti per l' azione *de dote*, non solamente se la dote siasi diminuita per alcune spese necessarie fatte per legge, nel qual caso è concessa al marito la ritenzione, siccome si può conoscere da' libri de' digesti; m' ancora se le facoltà del marito non giungono a pagare il solido. Or la riverenza, che si deve dalla moglie al marito, richiede, che si condanni il marito, purchè non diventi povero,

 §. 37.

§. 37. *Institut. h. tit.*, & *l. un.* §. 5. & 7. *C. de rei ux. act.* Conseguiamo ancora meno del solido, se conveniamo il padre, il padrone, od il socio coll'.azione *de societate*, od il donatore per causa di donazione, o colui, che, dopochè fece la cessione de' beni, acquistò qualche cosa, perciochè questi tutti si condannano in ciò, che possono fare, §. 38. & 40. *Inst. h. t.* Finalmente meno del solido conseguiamo opposte *plerumque* le compensazioni, o sia per la stessa, o per diversa causa. Dico *plerumque*, perchè alle volte non si dà luogo alla compensazione, secondo quelle cose, che dette si sono da Triboniano nel §. 30. *Instit. h. t.*

In ultimo luogo parla Triboniano di coloro, che cercano più, o meno, od una cosa per un'altra. Si può cercare più in quattro modi, *re*, *tempore*, *loco*, *caussa*. Si cerca più *re*, quando io per dieci, che mi devi, cerco da te venti: *tempore*, se prima di venire il giorno, o di verificarsi la condizione, io cerco la cosa: giacchè si crede, che colui paghi meno, *qui serius solvit loco*, se ciocchè era da pagarsi in un certo luogo, io in un altro luogo lo cerco puramente, e senza commemorazione di quel luogo: *caussa*, se io da colui, il quale alternativamente deve o *Stico*, o dieci ducati; o generalmente deve una cosa, come il vino; cerco l'uno, e l'altro, cioè Stico, ed i dieci ducati; o una certa specie di vino, come il

vino

vino Campano; perchè in questo caso si toglie all' avversario l' elezione, e sembra, che da me si cerca più, ancorchè si cercasse una specie di vino pessimo; perchè può darsi il caso, che riesca al reo più facile di dare il meglio vino, che 'l peggiore. Per costituzione di Zenone si ordinò, che colui, che cercava la cosa prima del tempo, si punisse col farlo aspettare altrettanto tempo, quanto tempo prim' aveva la cosa richiesta, e che intanto il reo non fosse tenuto ad usure per questo tempo: e passato il quale non potesse l' attore agire, se non rifacesse prima le spese della lite. Per costituzione poi di Giustiniano nella *l. 2. C. de plus pet.* si ordinò, che coloro, che cercavano più *loco*, *&* *caussa*, fossero puniti col pagare il triplo del danno fatto per l' ingiusta petizione. Chi cerca meno, agisce senza pericolo; ed il giudice condannerà il reo nel restante, che non si è cercato. Chi cerca una cosa per un' altra, gli si permette, conosciuta la verità, nello stesso giudizio corriggere l'errore. Giustiniano il primo permise di potersi mutare l' azione per legge, contestata già la lite. Il corriggere poi l' azione e prima, e dopo la contestazione della lite; e prima, e dopo la costituzione di Giustiniano farsi era permesso, non mutato il genere dell' azione, *in eodem judicio*. *To in eodem judicio*, significa *apud eundem judicem*. Anticamente se dopo contestata la lite

bi-

bisognava mutarsi l' azione, bisognav' andare dal magistrato, il quale dasse un nuovo giudizio: ora senz' andare dal magistrato avanti lo stesso giudice si muta. Adunque Giustiniano è autore del nuovo diritto. Ma è cosa equa darsi un nuovo tempo al reo, farsi una nuova contestazione di lite, e rifondersi al reo, ciochè indebitamente ha speso nell' antecedente giudizio.

T I T. VII.

Di quel contratto, che dicesi fatto con colui, ch' è sotto la potestà d' altri.

PEl contratto de' figli di famiglia, e de' servi, i padri, ed i padroni non sono tenuti *ipso jure*. Il jus sottile, cioè il civile non permette, che taluno s' obbliga per un contratto d' un altro, ma nulladimeno il pretore per lo negozio, che si fa co' figli di famiglia, e co' servi, permette *ex bono & aequo* agirsi contro de' padri, e de' padroni, *l.* 1. *d. h. t.* E le azioni di questo genere s' appoggiano alla sola equità del pretore, il quale si muove dalla volontà, e dalla utilità de' padri, e de' padroni. La volontà od è generale, o speciale. La generale si scorge nelle azioni, esercitoria, istitoria, del peculio, e tributoria: La speciale nell' azione *quod jussu*. Il nome dell' azione esercitoria è venuto dall' eser-

esercitore della nave: il nome dell'istitoria *ab istitore*, cioè fattore di mercadante, o agente. L'esercitore della nave è colui, che regola la nave, a cui pervengono i diritti, ed i vantaggi sopra della stessa nave. L'istitore è colui, il quale è deputato, o proposto a qualche negoziazione. *Exercitori subest magister navis*, cioè colui, a cui s'affida la cura di tutta la nave, ed è quasi un'istitore, o sia agente, o fattore dell'esercitore. Or dunque è chiaro, che chi propone a qualche negoziazione il figlio di famiglia, od il suo servo, con questo vuole, che coloro, i quali contraggono col figlio, o col servo, intendessero di quasi contrattare col padre di famiglia; o col padrone, e perciò il giudizio si dà meritevolmente contro del padre di famiglia, o del padrone. Or l'azione esercitoria spetta alla mercatura marittima, l'istitoria alla terrestre. Ma però molto importa, se servo, o libero sia il maestro, o l'istitore: Se è servo, perchè civilmente non si può obbligare per lo contratto, nè comparire in giudizio, all'intutto si dev' agire col padrone: se poi è libero, l'elezione all'attore s'appartiene, se voglia convenire colui, che ha proposto, o chi è stato proposto; ed eletto uno non si può convenire l'altro. All'azione esercitoria, ed istitoria è quasi simile l'azione *de peculio*. Dicesi peculio, *quod pater vel dominus filium suum, vel servum pro suo*

jure

jure tractare potitur. *Pro suo jure tractat*, chi liberamente, e quasi padrone amministra. Il peculio del figlio di famiglia, il quale dicesi profettizio, perciocchè il castrense, e quasi, e l'avventizio quì non s' appartengono, all' intutto è del padre: nè il servo ha qualche cosa, che non sia del padrone. Or dunque perchè i padri, ed i padroni permettono a' figli di famiglia, ed a' servi d' avere il peculio, per questo fatto facevano comprendere, che approvavano essi qualunque cosa, che così i figli, come i servi per causa di quel peculio avessero fatto, ed amministrato, *l.* 1. §. 7. *d. de adq. poss.* E' questa una generale volontà de' padri, e de' padroni, per la quale in un tempo consentivano in tutt' i contratti de' figli, e de' servi: niuna volontà espressa v' interviene, per la quale coloro con scienz' approvassero quelli contratti. Nè vi fa d' uopo di volontà speciale: nel qual senso dice Triboniano *debere dominum præstare gestum a servo ex peculiari caussa, quamvis sine voluntate domini gestum sit*. E perchè è certo il modo del peculio, non sembra, che 'l padre, od il padrone vogl' approvare i contratti fatti oltre quel modo; e perciò sono tenuti a quanto possono le forze del peculio: e da questo si deve dedurre, ciocchè il servo al padrone, ed al conservo deve, e lo stesso è da dirsi del peculio del figlio di famiglia, *quia prævenisse dominus*, &

cum

cum servo suo egisse creditur, *l. sed si damnum 9. §. 2. d. de pecul.* Siegue l' azione tributoria contro di colui, il quale sciente ha permesso, che 'l figlio di famiglia, od il servo in una certa merce particolare negoziassero, e poi la merce, o il danaro dalla merce ricavato, o dovuto, per dolo malo non ha diviso tra' creditori *pro rata*, acciò presti tuttocciò, che resta a soddisfare il debito. Or perchè compete l' azione tributoria, è necessario, che sappia il padrone, il padre, che 'l servo, od il figlio in quella merce negoziano; quale scienza nell' azione *de peculio* non è necessaria. Or questa scienza fa sì, che 'l padre, od il padrone non abbiano il privilegio della deduzione, ma in confuso cogl' altri creditori, com' estranei, si chiamano; vengono *in tributum* le merci solo, nelle quali colla scienza del padre, o del padrone il figlio, od il servo ha negoziato, ed il prezzo di quelle, e le merci, e di queste il prezzo, il padre, od il padrone divide in parti, secondo l' editto del pretore; e se per dolo malo secondo la rata, che spetta ad uno, non dia la parte, contro di colui si dà l' azione tributoria, e questa non è intorno al dolo, ma è persecutoria della cosa, quantunque non si dia, se non v' intervenga il dolo; perciò non è infamante, come l' azione del dolo, nè temporale, come quella, *l. ult. C. de dol.*, ma perpetua. E vengo alla speciale volontà del

del padre di famiglia, e del padrone, la quale ha introdotto l'azione *quod jussu*. Questa si dà contro del padre di famiglia, o del padrone per il negozio contratto col figlio, o col servo per comando del padre, o del padrone stesso. Si dice, che comanda il padre, od il padrone, non solo quando comanda, che 'l figlio, od il servo contragga, ma anche se sottoscriva il chirografo del figlio, o del servo, od ha per buono, ciocchè ha oprato il figlio, od il servo. E resta a parlare dell'azione *de in rem verso*, la quale non tanto per la volontà, quanto per l'utilità del padre, o del padrone, diede il pretore. Questa compete, se il figlio di famiglia, od il servo ciocchè ha ricevuto da colui, col quale ha contratto, ha speso necessariamente, od utilmente *in rem. patris, vel domini, tot. tit. d. de in rem. vers.*. Triboniano fa menzione delle sole spese necessarie; ma però doveva numerarci anche le utili: le sole voluttuarie non danno luogo all'azione. Ma Triboniano dice, *unam esse actionem, qua de peculio, deque in rem verso agitur, duas tamen habere condamnationes*. Intorno a cotesto luogo di Triboniano varj sono stati degl' interpetri i sentimenti. Per non dilungarmi io dico, che nelle parole di Triboniano, si ci deve intendere *aliquando, interdum*, od altro simile. Ed invero l'azione del peculio, e *de in rem verso* sono diverse tra di lo-

ro.

ro. Queste si propongono in due diversi capi delle pandette. L'azione *de peculio* per quel tempo, che'l figlio, od il servo è in potestà, è perpetua: dopochè è uscito dalla potestà, è annuale: e l'azione *de in rem verso* nell'uno, e nell'altro caso è sempre perpetua, *l.* 1. §. 1. *d. quand. de pec. act.* si possono esercitare particolarmente. E coll'azione del peculio separatamente si agisce, quando niente *in rem patris, patronive sit versum*, e qualche cosa si sia speso, perciocchè questo come dovuto al padre, o al padrone s' accresce il peculio. Si agisce parimenti colla sol' azione *de in rem verso*, non solo quando senza dolo tolto il peculio dal padre, o dal padrone, *exactove anno*, cessa l'azione di peculio, ma anche quando per questo ancora vi sia luogo. Ma però talora così l'azione *de peculio*, come l'azione *de in rem verso* con una formola si comprendono, ed hanno allora due condannazioni, una *de in rem verso*, l'altra *de peculio*; ma prima suole il giudice considerare, *num in rem patris sit versum*, nè altrimenti passa all'estimazione del peculio, se non quando comprendasi, che o niente siasi speso, o non tutto. Ma Triboniano scrive non esservi dubbio, che colui, il quale ha contratto col comando del padrone, ed a cui compete l'azione istitoria, o esercitoria, poss' agire coll'azione *de peculio*, & *de in rem verso*. Così è; ma non di un sol genere è'l concorso

di

di più azioni ; o quando in una formola si possono unire insieme , o quando una dopo l'altra si può istituire, o quando l'elezione sia dell'attore, se di questa , o di quella voglia servirsi , cosicchè una eletta non vi sia niuno regresso all'altra per la stessa causa. Le azioni *de peculio*, *&* *de in rem verso* concorrono in quel primo modo: concorrono ancora nel secondo modo , se una separatamente dall'altra s' istituisce, *l. quod in herede 9.* §. 1. *d. de tributor. act.* Le altre azioni poi di questo titolo concorrono soltanto nel terzo modo. Del resto più abbondanti, e più profigue sono le azioni esercitorie , ed istitorie delle azioni *de peculio.*, *ac de in rem verso*; perciocchè chi agisce con queste, allora conseguirà il solido , quando ha provato, che'l solido sia speso *in rem patris*, *patronive*, e tanto vi sia nel peculio, quanto si deve; le pruove delle quali cose sono difficilissime: al contrario, chi agisce con quelle, conseguirà il solido, tostochè ha provato, che vi sia intervenuto il comando, e che'l figlio, od il servo siasi proposto al negozio , ed alla nave, la quale pruova è di facile riuscita. Alle volte però conviene agire piuttosto coll' azione tributoria, che con quella *de peculio* , ed alle volte più con questa, che con quella: perciocchè nell'azione *de peculio* hanno il padre, ed il padrone il privilegio della deduzione, locchè nella tributoria non ha luogo : per lo contra-

rio

rio nella tributoria di certe merci soltanto; nell'azione *de peculio* di tutto il peculio si tien ragione.

Or quelle cose, che si dicono de' padroni, e de' servi *eadem*, le stesse si dicono de' padri, e de' figli, che sono in potestà di essi. To *eadem* vale lo stesso, che *fere eadem*. To *fere* riguarda al S. C. Macedoniano. Chi ha dato danaro a mutuo a' figli costituiti in potestà de' loro padri, a costui, che ha dato il danaro, si nega l' azione per quel S. C., così contro de' figli stessi, così se siano in potestà, come se siano *sui juris* dopo ricevuto il danaro, come contro de' padri di essi. A colui solo si nega l'azione, il quale dà il danaro a mutuo, non a colui, il quale altrimenti ha contratto, purchè non si faccia frode al S. C.. Del figlio di famiglia parla il S. C. Dunque cesserà nel peculio castrense, e quasi, nel quale il figlio si considera come padre di famiglia. Doppia è la causa di questo S. C., l' odio degl' usuraj, el favore de' padri di famiglia; inutilmente i figli di famiglia rinunziano al S. C.. E che se 'l danaro siasi speso in utiltà del padre, o questi, sapendo il mutuo, l' ha avuto per buono, cessa il S. C.. Non cesa il S. C., anche quando senza usura siasi dato il danaro, ed inutilmente speso (1).

(1) *Tra gl' interpreti del diritto Romano dif-*

fe-

E' da sapersi, che queste sei azioni non sono specie di azioni separate dalle altre, ma bensì accessioni di altre azioni. E possono di un' azione esservi più accessioni. Fingiamo, che 'l servo col peculio sia proposto ad una negoziazione, e che 'l prezzo della merce venduta abbia

ferenti sono i sentimenti de' giureconsulti intorno all' origine del S.C. Macedoniano. Teofilo nel lib. 4. dell' Istit. così dice. Eravi in Roma Macedone dissoluto giovanetto, costituito nella patria potestà, il quale contrasse gravi debiti, sperando d' estinguerli dopo la morte del padre. Dopo l' elasso di qualche tempo veniva questi continuatamente molestato dal suo creditore per la soddisfazione. Macedone, vedutosi insufficiente a pagare il debito, ammazzò suo padre, locchè fu riferito nel Senato: e fu gastigato il parricida: e fu pubblicato il Senatoconsulto Macedoniano, vietandosi di dare a mutuo danaro alle persone costituite nell' altrui potestà.

Altri credono, che Macedone fosse usurajo, non figlio di famiglia, siccome dice Ulpiano, l. 1. d. de S.C. Maced.. Cum inter ceteras caussas Macedo, quas illi natura administrabat, etiam æs alienum adhibuisset, & sæpe materiam peccandi malis moribus præstaret, qui pecuniam (ne quid amplius diceretur) incertis nominibus crederet: placere, ne cui, qui filiofamilias pecuniam mu-

bia erogato in utiltà del padrone. In questo caso uno è 'l contratto, cioè la vendita: e compete per quella un' azione, cioè *ex emto*: ma nulladimeno questa ha tre accessioni: e così vi è i' azione *ex emto*, *de peculio*, *institoria*, *ae de in rem verso*, E siccome contro del padro-

 ne

mutuam dedisset, etiam post mortem parentis ejus, cujus in potestate fuisset, actio, petitioque daretur: ut scirent, qui pessimo exemplo fœnerarent, nullius posse filiifamilias bonum nomen, expectata patris morte, fieri. *Di questo sentimento sono Antonio Agostino, Otomano, e Cujacio. Ma Marano nel Paratitolo a questa legge colle stesse parole dimostra vera l' opinione di Teofilo.* Cum inter ceteras sceleris caussas Macedo, quas illi natura administrabat, etiam æs alienum adhibuisset. *Queste parole riguardar non possono l' usurajo, ma bensì il figlio di famiglia, poichè dicesi* æs alienum, *ciocchè dovemo, non quello, che a noi devesi*, l. 213. d. de V. S., *il quale chiamasi* æs suum. *Ma più verisimile mi sembra l' opinione di coloro, i quali riferiscono il S. C. piuttosto a Macedone usurajo, che al figlio di famiglia su quelle parole*, qui pecuniam incertis nominibus crederet. *Nè ostano a questo sentimento le parole antecedenti*. Cum inter ceteras sceleris caussas Macedo, quas illi natura administrabat, etiam æs alienum adhibuisset. *Qui-*

vi

ne il jus civile non permetteva darsi l' azione mera *ex emto*, il quale non fece il contratto; il Pretore poi, il quale siegue il jus equo, dà l' azione *ex emto* al compratore contro il padrone, *addito civili formulæ de peculio, vel de in rem verso*. Ma oggi direttamente si può agire senza le accessioni Pretorie contro del padre, e del padrone, come se principalment' essi avessero fatto quel contratto, §. 8. *Inst. h. t.*, *l. si institorem 29. d. de reb. cred.*, & *l. ult. d. pro socio*.

T I T. VIII.

Delle Azioni penali.

SIccome per i contratti, così per i maleficj de' servi si danno contro i padroni le azioni, le quali si dicono *noxales*. La voce *noxalis* è una perpetua appendice delle azioni de' maleficj. La voce *noxa*, dice Triboniano, signi-

vi la voce æs alienum *si riferisce al credito, nella di cui soddisfazione essendo Macedone estremamente molesto a' debitori, venivano questi spinti a commettere gravi scelleratezze. Similmente* To debitum *indifferentemente s' adopera. Siccome* To æs alienum *si riferisce al debito sì attivo, che passivo.*

gnifica il corpo, che ha nociuto, cioè il servo autore del maleficio, e questa è parola greca, e propiamente significa il danno, ed alle volte il delitto: e non rarevolte significa la pena, ed ancora quello stesso, che ha nociuto: ed in questo senso disse Ulpiano *noxam dare* nella *l. si alius 7. §. d. quod vi, & clam*. Non per tutt' i delitti de' servi si danno le azioni nossali. E' necessario, che siano quelli privati, e per essi si agisca per la sola persecuzione del danaro. Per quelli delitti pubblici, pe' quali si agisce per la pena da soddisfarsi col corpo, *noxales nullæ*, perciocchè le pene di tal fatta, siccome sovrastano al servo, così all'uomo libero. Ulpiano dice nella *l. 1. pr. d. de nox.* che la forza delle nossali sia questa, che se siano condannati i padroni, ad essi è permesso colla dazione dello stesso corpo, che ha nociuto, evitare l'estimazione della lite. Or questa scelta si lascia all' arbitrio de' padroni. Era però necessario vedersi, se consapevole, od inconsapevole il padrone, abbia il servo commesso il delitto: se consapevole il padrone, si obbliga *in solidum*, se inconsapevole, *noxalis est*, *l. si servum 2. pr. d. de nox.*. Che se il servo ha lucrato tanto danaro al padrone nuovo, in potestà del quale, a ragion del suo delitto, è passato *actione noxali*, che ha compensato il danno recatogli, malgrado il padrone, si manomette coll' ajuto del Pretore.

La dazione della nossa viene dalla legge delle dodeci tavole, di poi fu approvata dall'altre leggi, e dall'editto del Pretore. L'azione nossale siegue il servo: e questa o è legittima, o Pretoria: Gl'esempj della legittima sono *veluti furti*, così manifesto, come non manifesto, *ex legibus XII. tabb.*, *damni injuria ex lege Aquilia*: gl'esempj della Pretoria sono, *veluti injuriarum*, *&* *vi bonorum raptorum*. Se poi il servo ha commesso qualche danno al suo padrone, da questo non nasce alcun' azione per causa della potestà, *l. 1. C. h. t.* E perchè non nasce azione, ne siegue, che se'l servo è alienato, o manomesso, nè menò in questo caso il nuovo padrone, o l'antico può avere alcun' azione.

Anticamente i figli di famiglia ancora dell' uno, e dell'altro sesso, *dedi noxæ jus erat*. Ma l'uso de' tempi posteriori tolse, e proibì la dazione degli uomini liberi.

TIT. IX.

Se un quadrupede faccia danno.

Nossale, cioè penale, è l'azione ancora *de pauperie*. Dice Seneca, *Bruta nocere nobis possunt, ut ferrum, aut lapis: injuriam facere non possunt, quia nulla est injuria, nisi consilio profecta*. Propiamente fanno pauperie i bruti; la qual

vo-

voce significa il danno fatto senz' ingiuria di chi lo fa. Dalla pauperie fatta pel quadrupede, si dà contro del padrone l'azione nossale, o sia della pena di dare l'animale vivo, o di offerire l'estimazione del danno. Or perchè, si domanda, debbono i bruti esser dannosi a' loro padroni inconsapevoli? La ragione ci si reca da Triboniano, *quia ita lex XII. tabularum scripta est*. Intorno alle fiere bestie niente si è stabilito dalle leggi delle dodeci tavole. Gl' Edili poi con maggior' avvedutezza ordinarono, che niuno il cane, cioè il cane, che morde, il cignale, l' orso, il leone, od altro, che nocesse, od altro animale, o ligato, o non ben ligato, tenesse in quel luogo, *quo vulgo iter fieret*: e se si fosse fatto il contrario, e l' uomo libero fosse perito, condannava il padrone alla pena di duecento soldi; e se all'uomo libero si era nociuto, lo condannava a ciò, che avrebbe il giudice stimato opportuno. Delle altre cose la pena era il doppio del danno. Or dunque quest' azione degl' Edili non è nossale. Ma l' azione edilizia, e la nossale concorrono, quando nella stessa cosa concorrono due fatti, li quali non riguardano lo stesso. La fiera bestia tenuta in quel luogo, dove passa il popolo, e non fà danno: è questo un fatto, che vindicano gl' Edilj per lo pubblico bene. La fiera bestia tenuta in quella parte, dove il popolo passa, e fà pauperie: è questo un altro fatto, che per

la privata causa si gastiga colla dazione della bestia stessa.

TIT. X.

Intorno a coloro, pe' quali possiamo agire.

Anticamente era permesso soltanto per il popolo, per la libertà, e per la tutela darsi il Procuratore; giacchè per legge delle dodeci tavole a niuno era permesso agire col nome alieno: onde i litiganti, benchè legittimamente impediti, dovevano essi venire in giudizio. Ed a questo proposito dice Triboniano, *olim quum in usu fuisset, alterius nomine agere non posse, nisi pro populo, pro libertate, pro tutela*. Per il popolo agisce il Sindaco: pel pupillo il tutore: i quali tutti si comprendono sotto nome di Procuratori. Finalmente per comodo de' litiganti s'introdusse, potere col nome alieno agire, e si finse da' giureconsulti, che'l Procuratore, contéstata la lite, padrone della lite diventasse. E giacchè il Procuratore è colui, il quale *mandato domini* amministra i negozj alieni, ne siegue, che per costituire questo Procuratore non vi bisogna niuna solennità, perchè niuna se ne richiede al mandato, che col solo consenso si perfeziona. Intorno a' tutori, e curatori la cosa è differente, e quantunque agiscano come Procuratori de'

mi-

minori, e de' pupilli, e danno la satisdazione, però con certi modi si costituiscono, de' quali nel libro primo *tit.* XIII. e seg.: adunque *cuicunque permiseris rem tuam agere, aut defendere, is tuus Procurator intelligitur*, sono parole di Triboniano. Il Procuratore può essere così dell'attore, come del reo. Questo dicesi *Defensor*, quello *Procurator*.

TIT. XI.

Intorno alla satisdazione.

PErchè è libero a taluno agire per mezzo del procuratore: e perchè niuno è idoneo difensore della lite aliena senza dare la satisdazione, *l. qui proprio 46. §. 2. d. de procurat.* E' necessario perciò vedere, che cosa dalla legge si stabilisca intorno alla satisdazione stessa. In questo titolo Triboniano si è proposto parlare delle giudiziarie satisdazioni soltanto, e principalmente di quelle de' procuratori. La satisdazione è una specie di cauzione. Questa è di due maniere. La prima dicesi *nuda cautio*; e questa è la nuda promessa senza fidejussore, o pegno, ed alle volte ammette l' accessione del giuramento, ed allora si chiama *juratoria cautio*, *l. un. C. ut omn. satisd.*: La seconda dicesi *idonea cautio*, e questa si presta dato il fidejussore, od il pegno, *l. si mandato 59. §. 6. d. mand.*

mand. Or l' idonea cauzione propiamente dicesi *satisdatio*. Anticamente se si agiva *in rem*, il reo, o colui, che *nomine rei* veniva, si constringeva dal Pretore a dare la satisdazione *judicatum solvi*: e se 'l reo non dava la satisdazione, nell'attore si trasferiva il possesso. Or con questa satisdazione *judicatum solvi* prometteva il reo di pagare qualunque cosa, di cui era stato condannato, cioè di restituire o la cosa, o di quella l'estimazione. Se poi era l' attore, il quale *nomine suo* domandava il giudizio, perchè non poteva condannarsi, non era obbligato a dare la satisdazione; ma però il di lui procuratore doveva dare la satisdazione, che 'l principale era per approvare ciò, che da esso procuratore si faceva. Triboniano dice, che lo stesso jus era intorno a' tutori, e curatori, i quali per i pupilli, e per i minori agivano coll' azione reale: ma che alle volte a' tutori, e curatori si permetteva di non dare la satisdazione. Or la cosa è così. Non sempre i procuratori si costringevano a dare la satisdazione *de rato*: nè differivano da' tutori, e curatori. A' procuratori non era necessario dare la satisdazione, perchè costava dalla volontà del principale, *l. si procuratorem 65. d. de proc.* Di questa volontà costava, se 'l principale la dichiarava per lettere scritte all'avversario, o pel libello dato al Principe, o pel mandato posto negl' atti. Dunque quando so-

ſolo ſi dubbitava del mandato, allora ſi conſtringeva il procuratore a dare la ſatiſdazione. In queſto ſolo caſo ancora al tutore, ed al curatore s' imponeva la neceſſità di dare la ſatiſdazione, quando ſi dubbitava, ſe foſſe, o nò tutore, o curatore, e ſe durava la tutela, e curatela. Se poi ſi agiva coll' azione perſonale, quelle coſe, che nel giudizio reale ſi facevano, ſi oſſervavano ancora per parte dell' attore: per parte del reo poi, ſe taluno interveniva *alieno nomine*, dava la ſatiſdazione *judicatum ſolvi omnino*, dice Triboniano, ancorche coſtava del mandato.

Per diritto nuovo di Giuſtiniano il reo *ſuo nomine* convenuto o coll' azione reale, o coll' azione perſonale, non dà la ſatisdazione *de litis æſtimatione*, cioè *judicatum ſolvi*, ma ſolamente promette, che ſarà per permanere in giudizio ſino al fine della lite: la quale nuova cauzione è tutta diverſa da quell' antica *judicio ſiſti*. Anticamente dava la ſatiſdazione il reo di venire in giudizio in quel determinato giorno: ma niente prometteva di attendere l' eſito della lite. La nuova cauzione *de utroque cavet*. Or dunque ſi promette o col giuramento, o colla ſatiſdazione, ſiccome richiede la qualità della perſona. Le perſone illuſtri promettono col giuramento; le tenui colla ſatiſdazione: ma però ſi poſſono da queſta eſentare, ſe prima affermano con giuramento di non aver po-

tuto

tuto rinvenire idonei fidejuſſori : e perchè la la novella di Giuſtiniano parla dell' attore, e non del reo, ſi è queſta prodotta dall' attore al reo ſteſſo. Colla nuda promeſſa danno cauzione i poſſeſſori delle coſe immobili, de' quali i predj ſono in luogo de' fidejuſſori. E ſe la lite s' intraprende per mezzo de' procuratori; il procuratore dell' attore colla ſatiſdazione promette *de rato*. Per quanto ſi appartiene al procuratore del reo, importa ſe 'l reo ſia preſente, o aſſente. Se ſia preſente, deve preſtare due ſatiſdazioni, la prima pel ſuo procuratore, la ſeconda per la ſua perſona. Pel ſuo procuratore nel giudizio, e fuori dà la ſatiſdazione *judicatum ſolvi*, e per tutte le altre nate da quella ſtipolazione, e così libera il procuratore dal peſo della ſatiſdazione. Dà la ſatiſdazione per la ſua perſona, che, nel tempo di recitarſi la ſentenza, verrà in giudizio, e nel caſo, che non venga, i ſuoi fidejuſſori daranno tutto ciò, di cui ſarà giudicato, *niſi fuerit provocatum*, delle quali due cauzioni queſt' ultima ſi deve preſtare, dati i fidejuſſori : la prima poi non ſolo dati i fidejuſſori, ma obbligati ancora i predj. Che ſe poi per qualche cauſa il reo è aſſente, di coſtui il procuratore', o 'l difenſore, ſi ammette data la cauzione *judicatum ſolvi*. Vi è il jus noviſſimo nella Novella XCVI. *Cap.* I., e nella Novella CXII. *Cap.* 2. Ma di tuttocciò, che ſi è detto, appena qualche coſa ſe n' oſſerva nel noſtro foro.

TIT.

TIT. XII.

Intorno alle perpetue, e temporali azioni, e quali passono agl' eredi, e contro degl' eredi.

ANticamente le azioni istituite dal diritto civile, cioè dalle leggi delle dodeci tavole, dal Plebiscito, dal Senatoconsulto, o dalle costituzioni de' Principi, erano perpetue: le azioni Pretorie per lo più annuali. E quantunque sotto dell' Imperador Adriano l' editto incominciò ad esser perpetuo, nulla di meno le azioni erano annuali. Ma poi, perchè importava alla repubblica, che si dasse qualche fine alle liti, le costituzioni degl' Imperadori prescrissero certi confini, così per le azioni reali, come per le personali. Or quali sono cotesti Imperadori, e quali cotesti confini? Da Triboniano niente si dice. Per quanto si può ricavare da' frammenti degl' antichi giureconsulti, ch' esistono, noi vediamo, che a tempi di Adriano fu abrogato il jus antico; perciocchè della prescrizione, per la quale alle azioni si dà fine, fanno menzione Giuliano, e Cajo, che vissero a' tempi di Adriano, nella *l. si duo* 13. §. 1. *d. de jurejur.* Ma fino dalle leggi delle dodeci tavole fu prescritta l' azione reale delle cose mobili con un anno, delle cose immobili col biennio: Or però l' usucapione, e non già il tempo, dava fine all' azio-

azione, la quale sarebbe durata per sempre, se non vi precedeva l'usucapione. Ma dopo le costituzioni non vi era azione, la quale col tempo non terminasse. Dunque quando, non già per difetto di causa, o di buona fede, o per vizio della cosa, ma per altra qualità della cosa stessa, cioè, perchè è incorporale, non si può dar luogo all'usucapione, alle azioni reali osta la prescrizione del lungo tempo, cioè di dieci anni tra presenti, venti tra gli assenti, *l. pen.*, *& ult. C. de præscript. long. temporis*; e se la cosa non con giusta causa, e con buona fede si possiede, alle stesse azioni reali, ed a tutte le personali osta la prescrizione di anni trenta, la quale difende ancora i ladri, ed i rattori contro il propio padrone. Due sole azioni, che restassero perpetue volle Teodosio, cioè l'*ipotecaria* contro lo stesso debitore, non già contro il terzo possessore, e l'azione *finium regundorum*. Ma Giustiniano volle, che l'azione *finium regundorum* fosse stata alle volte uguale, *l. 1. C. de annual. except.*, e che l'azione ipotecaria contro del debitore, e del di lui erede si prescrivesse con anni quaranta, *l. 7. C. de præscr. 30. ann.* Dippiù la costituzione Teodosiana si appartiene a quelle azioni solamente, che prima di questa erano perpetue, ed immortali, non già a quelle, le quali erano temporarie, e finivano collo spazio di meno trent' anni, quali sono l'ipotecaria, e tutte le azioni

rea-

reali contro il possessore di buona fede, le quali col lungo tempo finivano: l' azione *de dolo*, la quale col biennio, la restituzione *in integrum*, la quale col quadriennio: la querela del testamento inofficioso, la quale col quinquennio finiva, ed altre di simil fatta; e principalmente quella costituzione non si appartiene alle azioni Pretorie, per lo più annuali. Dice Triboniano *plerumque; nam quædam in perpetuum extenduntur, i. e. usque ad finem constitutionibus introductum*, cioè al fine di anni trenta, e quaranta Sono tali le azioni, che danno la persecuzione della cosa, cioè quelle, colle quali perseguiamo, ciocchè manca dal nostro patrimonio. In esempio propone Triboniano la possessoria, e la fedecommessaria petizione dell' eredità, delle quali con questa il fedecommessario, dopo restituita l' eredità per lo senatoconsulto Trebelliano, con quella il possessore de' beni persiegue le cos' ereditarie, *tit. d. de fideic., hered. pet., ac tit. de poss. her. pet.* Se n' eccettuano quelle, che si danno contro il diritto civile, come la Publiciana, la quale si dà rescissa l' usucapione, ed altre, le quali con intervalli di tempi molto minori si circoscrivono. Delle Pretorie penali l' azione del furto manifesto è perpetua, e lo stesso si deve dire di tutte le altre azioni *furto cognatis*, quali sone le azioni *arborum furtim cæsarum*, e l' azione *rerum amotarum*, ed altre. I delitti quasi tutti si togliono colla prescrizione di anni venti. Or

Or non tutte le azioni civili come pretorie agl' eredi degl' attori, e contro gl' eredi de' rei passano. Le regole sono queste. I. che le azioni reali si danno agl' eredi, non contro gl' eredi, se non se per quella parte, di cui sono possessori, *l. si in rem* 42. *d. de rei vind.* II. che le azioni personali *ex contractu* agl' eredi, e contro degl' eredi competono, *tit. C. de hered. act.* Alle volte però dice Triboniano nel §. 1. *h. t. Inst.*, che le azioni *ex contractu* competono contro l' erede, *veluti quum testator dolose versatus sit, & ad heredem ejus nihil ex eo dolo pervenit*. Di questo non vi è più asſurdo. E' regola di legge, *in contractibus successores ex dolo eorum, quibus, successerunt, non tantum in id, quod pervenit, verum etiam in solidum tenentur*; *l. ad ea* 157. §. 2. *d. de R. J.* Dunque basta, che 'l dolo discenda da' contratti, perchè l' erede sia tenuto *in solidum*. Ciò si prov' ancora con un luogo di Ulpiano nella *l. si hominem* 7. §. 1. *d. depos. Datur actio depositi in heredem ex dolo defuncti in solidum; quamquam enim alias ex dolo defuncti non solemus teneri, nisi pro ea parte, quæ ad nos pervenit: tamen hic dolus ex contractu, reique persequutione descendit, ideoque in solidum unus heres tenetur*. Dunque vergognoso è l' errore di Triboniano. III. che le azioni personali *ex maleficio*, se sono persecutorie della cosa, come l' azione delle cose tolte, o la condizione furtiva, pasſano agl' eredi, e con-

contro degl' eredi, *l. 6. §. 4. d. de act. rer. amot.*. Se sono penali, come del furto, de' beni rapiti per forza, si danno agl'eredi, e non contro gl' eredi, *l. pupillum* 111. §. 1. *d. de R. J.*, è cosa equa *ibi esse pœnam, ubi & noxia est*, *l. 22. C. de pœn.*. Dunque se qualche azione è persecutoria della cosa, e della pena, quella, ch'è persecutoria della cosa passa contro degl' eredi; quella, ch'è persecutoria della pena non passa, *l. de eo* 18. *d. de pos.* IV. che tutte le azioni penali dopo la contestazione della lite contro degl' eredi passano, *l. omnes* 26. *d. de O., & A.*, perciocchè colla contestazione della lite si fa quasi una novazione: e quell'obbligazione, ch' era *ex maleficio*, incomincia ad essere *ex contractu*. Vi è un'azione penale, la quale nemmeno agl' eredi si dà. Questa è l' azione dell' ingiurie, la quale non s' appartiene a' successori, se non se contestata la lite, e se vi è qualche altr' azione simile a quella dell' ingiurie, intorno a questa vi è lo stesso jus, e lo stesso è da dirsi.

T I T. XIII.

Intorno all' eccezioni.

PEr natura è cosa giusta, ed equa, che i rei si potessero difendere contro le azioni. La difesa o è pura, o congiunta: è pura, se 'l reo, ciocchè l' attore asserisce, nega; è congiunta, se coll' eccezione nega. L' eccezione è

un' esclusione dell' azione, *l. 2. d. de except.* Quel reo, che *ipso jure* non è liberato, è necessario liberarsi per mezzo dell' eccezione, la quale, come ogn' azione, si doveva impetrare dal Pretore. Così il jus osta al jus, ma il jus equo al sommo, il quale si chiama *jus iniquum*. Così dicesi jus, ciocch' è iniquo. Gl' esempj son questi. Chi per timore, per dolo, o per errore ha promesso allo stipolante, per diritto civile, ch' è il jus sottile, è tenuto coll' azione *ex stipulatu*: e quest' azione è efficace non solo nell' origine, ma nell' esito ancora, purchè non si oppone l' eccezione, la quale la rende inefficace, *l. 3. C. de inut. stip.*, e perchè non sembra di acconsentire, chi per timore, per dolo, o per errore promette; il Pretore mosso dalla natural' equità dà l' eccezioni *quod metus caussa, doli mali, & in factum*, per le quali quell' iniqu' azione del diritto civile si elide. Dippiù colui ancora, col quale ha il creditore pattuito di non cercarsi il danaro, che si doveva: o colui, il quale, deferendo al creditore il giuramento, ha giurato di nulla dover dare: e finalmente colui, che 'l giudice con sua sentenza ha assoluto, ancora è obbligato per diritto civile; perciocchè per legge il patto nudo, il giuramento, e la sentenza non sono modi di togliere le obbligazioni; ma perchè ciò è contrario al jus equo, perciò ha il Pretore accordato l' eccezioni del patto convenuto, del giuramento, della cosa giudicata. La stessa equità introdusse l' eccezione *non nume-*

merata pecuniæ. Vi sono alcun' eccezioni istituite dallo stesso diritto civile, cioè del Macedoniano, del Vellejano, ed altre.

L'eccezioni sono di due maniere. Alcune si dicono *perpetuæ*, & *peremptoriæ*: altre si dicono *temporales*, & *dilatoriæ*. Le perpetue, e perentorie sono quelle, che sempre hanno luogo, nè si possono evitare. Si dicono *peremptoriæ*, perchè all'intutto distruggono l'azione, §. 8. *Instit. h. t.*. Tali sono l'eccezioni del dolo malo, del timore, del patto convenuto perpetuo, cioè che all'intutto non si cerchi il danaro. Le dilatorie, e temporali sono quelle, le quali non sempre hanno luogo, ma si possono evitare, e dilatano l'azione a certo tempo; §. 9. *h. t. Inst.* L'eccezioni di tal fatta o si cercano *ex ipsa caussa*, come l'eccezione del patto di non cercare tra cinque anni: la quale per la forza del patto convenuto differisce l'azione, e fa luogo alla Costituzione di Leone, della quale nel §. 33. *sup. de act.*; *aut ex persona*, o del giudice, se non compete, si dica: o del Procuratore, se sia donna, o soldato, de' quali questi acciò non si richiami dalla milizia, quella per la pudicizia del sesso, *pro aliis postulare prohibentur* §. 10. *Inst. h. t.*, *l.* 7. *C. de proc.*, *l.* 1. §. 5. *d. de postul.*

T I T. XIV.

Intorno alle repliche.

E' Cosa equa, che se qualche cosa d'iniquo vi sia nell'eccezione nascosto, può l'attore

re col replicare metterlo in chiaro. E ſiccome la replica dell'attore eſclude l'eccezione della coſa, così elide queſta la ſeconda replica del reo: e queſta elide la terza replica dell'attore: *ſicque deinceps multiplicantur nomina, dum aut reus, aut actor obiicit, l. 2. §. 3. d. de except.*. Or con queſt' eccezioni, o triplicazioni, che ſi difende il reo, colle ſteſſe per lo più ſi difendono i fidejuſſori del reo, perciocchè ciò chè ſi richiede da' fidejuſſori, ſembra chiederſi dallo ſteſſo reo. *To plerumque* fa indizio, che vi ſiano talun' eccezioni, le quali non paſſano a' fidejuſſori: e queſte ſono quelle, ſiccome ſcrive Paolo nella *l. exceptiones 7. d. h. t.*, le quali non ſono unite nella cauſa, ma nella perſona; Fingi, che'l debitore aveſſe fatto ceſſione de' beni Queſti ſi difende per mezzo dell' eccezione contro del creditore, *niſi bonis ceſſerit*, qual' eccezione oppoſta ſi libera; nè ſi coſtringe a pagare il ſolido, ſe qualche coſa dipoi acquiſta, §. 40. *Inſt. de act.*: ma queſta eccezione non ſi accorda a' fidejuſſori, *quia*, dice Tribonianо, *qui alios pro debitore obligat, hoc maxime proſpicit, ut, quum facultatibus lapſus fuerit debitor, poſſit ab iis, quos pro eo obligavit, ſuum conſequi.*

TIT. XV.

Degl' Interdetti.

PArliamo ora degl' interdetti, o delle azioni, le quali per queſti s' eſercitano. Or

gl'

gl' interdetti erano forme, ed unioni di parole, per le quali il pretore o comandava, che qualche cosa si facesse, o, che si facesse, proibiva. Locchè allora principalmente si faceva, quando tra due, o più si altercava del possesso, e del quasi possesso. La principale divisione degl' interdetti è questa: *aut sunt prohibitoria*, *aut exhibitoria*, *aut restitutoria*. I proibitivi sono quelli, pe' quali il pretore proibisce, che qualche cosa si faccia: come se proibisca, che si faccia violenza a colui, il quale senza vizio, cioè *nec vi*, *nec clam*, *nec præcario*, possiede: o che si edifichi nel luogo sagro: o che si facci qualche cosa nel pubblico fiume, o nella riva di questo. Sono restitutorj quelli, pe' quali comanda, che qualche cosa si restituisca, come la possessione de' beni al possessore di questi, li quali beni taluno, com' erede, o come possessore, possiede; o quando comanda restituirsi il possesso a colui, il quale per forza è stato tolto dal possesso di quel fondo. Sono esibitorj quelli, pe' quali comanda esibirsi qualche cosa, come colui, della di cui libertà si disputa: od il liberto, a cui il padrone voglia ordinare le opere: o il padre a' figli, che sono in potestà. E quantunque è sembrato a taluni, che quelli soltanto si possono chiamare interdetti, che sono proibitivi, e che gl' altri due propiamente dir si dovessero decreti, nulladimeno dice Triboniano, *omnia interdicta appellari*, *quia inter duos dicuntur*.

La seconda divisione degl' interdetti è que-

 sta-

ſta: alcuni ſono ſtat' introdotti per acquiſtare il poſſeſſo delle coſe: altri per ritenerlo, ed altri per ricuperarlo. Per cauſa di acquiſtare il poſſeſſo ſono gl' interdetti, *quorum bonorum*, *& Salvianum*. L'interdetto *quorum bonorum* ſi dà a colui, a cui è ſtato dato il poſſeſſo de' beni, perchè tuttociò di quelli beni, che taluno come poſſeſſore, ed erede poſſiede, poſſa farſi reſtituire. Dell' interdetto Salviano ſi ſerve il padrone del fondo col colono, perchè ſi decreti a ſe il poſſeſſo di quelle coſe, le quali il colono per pegno ha portato nel fondo. Quaſi ſimile all' interdetto Salviano era l'azione Serviana. In queſto però differivano, perchè chi ſperimenta il Salviano, giacchè del ſolo poſſeſſo ſi tratta, deve ſolamente provare, che la coſa ſotto nome di pegno fu portata nel fondo: Chi agiſce poi colla Serviana, perchè perſeguiſce il jus nella coſa, ſe la coſa ſi ritrova nelle mani del terzo poſſeſſore, dev' ancora provare, che quella coſa ſia ſtata dal ſuo debitore poſſeduta con giuſto titolo, e buona fede. Per cauſa di ritenere il poſſeſſo ſono ſtati introdotti gl' interdetti *uti poſſidetis*, *& utrubi*: quando dall' una, e dall' altra parte intorno alla propietà di qualche coſa vi ſia controverſia, e prima ſi cerca, chi de' litiganti deve poſſedere, e chi deve cercare, cioè vindicare la coſa. In queſto caſo ciaſcuno cerca a ſe conſervarſi il ſuo poſſeſſo coll' uno, e l'altro interdetto: e coll' interdetto *uti poſſidetis*, ſe ſi tratta di coſa immobile: e coll' interdetto *utro-*

bi

bi se si tratta di cosa mobile. Il pretore all' uno, e all'altro conserva il possesso, purchè il possessore *nec vi*, *neque clam*, *neque precario* abbi' acquistato il possesso dall'avversario nel tempo della contestazione della lite. Oggi però l'uno interdetto è stato uguagliato all'altro, per quanto s'appartiene al possesso: e siccome vindica colui nelle cose immobili, così nelle mobili, purchè con vizio non possiede dall'avversario nel tempo della contestazione della lite. Or sembra di possedere ciascuno, non solo se egli stesso è possessore, ma ancora se sotto il di lui nome un altro è nel possesso. Altro è possedere, altro è l'essere in possesso. Possiede chi col suo nome possiede; è nel possesso chi tiene la cosa col nome alieno, come il colono, l'inquilino, il depositario, il commodatario, il procuratore. E per mezzo di questi possediamo, poichè col solo animo il possesso delle cose ritener si può.

Per ricuperare il possesso vi è l'interdetto *unde vi*, col quale chi per forza è stato tolto dal possesso della cosa immobile, cerca da colui, che l'ha dal detto possesso rimosso, quello stesso possesso restituirseli, quantunque *vi*, *& clam*, *& precario* possiede dall'avversario stesso, che per forza l'ha cacciato. Chi poi non ancora ha incominciato a possedere, e li vien proibito d'entrare nel possesso, può agire coll'azione dell'ingiurie, non già coll'interdetto. Triboniano nella *l.* 5. *&* 7. *C. unde vi* dice, *sed ex constitutionibus sacris si quis*

 rem

rem per vim occupaverit , siquidem in bonis ejus est, dominio ejus privatur: si aliena, post ejus restitutionem etiam æstimationem rei dare vim passo compellitur. E lo stesso si è intorno a colui ordinato, il quale la cosa sua mobile, o la cosa aliena per forza rapisce.

Finalmente la terza divisione degl' interdetti è questa: *aut simplicia, aut duplicia sunt*. Semplici sono tutt' i restitutivi, o gl' esibitorj. De' proibitivi alcuni sono semplici, altri sono doppj. Semplici, dice Triboniano, essere quelli, ne' quali uno certamente è l' attore, ed uno certamente il reo. Doppj poi sono quelli, ne' quali niuno de' litiganti è certamente attore, o certamente reo, ma ciascuno sostiene le parti così di attore, come di reo. Ne' semplici il pretore una cosa proibisce, cioè, che non si faccia qualche cosa, come nel luogo sagro, o nel fiume &c. Ne' doppj uguale è la condizione de' litiganti, nè taluno di essi è principalmente reo, o attore, come nell' interdetto *uti possidetis*; quest' interdetti nel foro chiamansi *remedia possessoria*, e si dividono in sommario, ed ordinario.

T I T. XVI.

Della pena de' temerarj litiganti.

GRandissima diligenza impiegò il Pretore, perchè gli uomini così facilmente non intraprendessero litigj. E per raffrenare in qualche maniera l' arbitrio sregolato di suscitare temerarie questioni, volle, che la temerità così

di

di coloro, che agiscono, come di coloro, co' quali si agisce, si gastigasse colla pena pecuniaria, o colla religione del giuramento, o col timore dell' infamia. Dunque tre modi si propongono in questo titolo per reprimere la temerità de' litiganti. Il primo è la religione del giuramento. Per costituzione di Giustiniano nella *l. 2. C. de jurejur. propt. cal.* L' attore in primo luogo, di poi il reo, finalmente gl' avvocati dell' una, e dell' altra parte in tutte le liti pecuniarie dopo la contestazione dovevano giurare *de calumnia*. Or quest' azione di calunnia prima de' tempi di Giustiniano in dissusanza era andata. Venne poi Giustiniano, ed impose la necessità di cotesto giuramento all' una, ed all' altra parte in tutte le cause civili, acciò il cattivo litigante si costringesse a rifare al suo avversario il danno, e le spese della lite. Dunque Giustiniano, in luogo dell' antic' azione di calunnia, sostituì la necessità del giuramento. Ma poi ordinò nella Novella 112. *Cap. 2.*, che l' attore per le spese dovesse o colla satisdazione, o col giuramento *cavere de decima*. Il secondo modo è la pena pecuniaria in quelle cause, per le quali contro i rei, che negano, si dà l' azione del doppio, o del triplo. Le cause per le quali subito dal principio o 'l reo nega, o confessa, l' azione è più del semplice, cioè di quel tanto, che si doveva, come del furto manifesto nel quadruplo, o del non manifesto nel doppio, quì non s' appartengono. *Inficiatione est opus.*

Di-

Dice Triboniano , che contro i rei , che negano, si dà l' azione *dupli vel tripli*. *To vel tripli*. Questa voce vi è stata dopo inserita, giacchè da molti antichi libri d' istituzioni, e da parecchi esemplari di Teofilo affatto non vi si legge. Il terzo modo è l'infamia, come se taluno si condanna, perchè come reo di furto, di beni rapiti , d' ingiurie, di dolo malo, del deposito, d' aver malamente amministrato la tutela , ed eseguito il mandato . Or ne' proposti giudizj i rei , e non già gl' attori diventano infami . All' incontro Triboniano doveva trattare dell' infamia de' temerarj litiganti. Ma seguiamo Triboniano . E' d' avvertirsi , che chi è condannato per causa della tutela , del mandato, del deposito , allora si fa diventare infame, *si directis , non si contrariis actionibus cum eo sit actum*; perciocchè, siccome dice Ulpiano, *in contrario non de perfidia agitur , sed de calculo* . L' azione poi *pro socio* è dall' una , e dall' altra parte diretta , e perciò ciascuno de' socj condannato per tal giudizio resta infame . Ed in questi quattro giudizj l' infamia nasce dal dolo.

Ma ciocchè finora detto abbiamo, che ha di comune colla pena de' temeraj litiganti ? Però a questo titolo si appartiene ciocchè soggiunge lo stesso Triboniano , che contro colui , che senza il permesso del Pretore chiama in giudizio il padre , il padrone, la padrona, i figli di questi, i parenti del padrone , si dà il giudizio *quinquaginta aureorum*. Opera temerariamente colui , che senza il permesso del Pretore chia-

chiama in giudizio colui, a cui si deve portar rispetto: e questa temerità si gastiga colla sudetta pena.

T I T. XVII.

Intorno all' offizio del Giudice.

REst' ora a parlare dell' offizio del giudice. Espone Triboniano in questo titolo l' offizio del giudice con sei esempj: ma sul principio così premette, *observare debet judex, ne aliter judicet, quam legibus, & constitutionibus, aut moribus proditum est.*

§. I. E perciò se al Giudice, *noxali judicio addictus*, sembra, che si debba il padrone condannare, separatamente deve proferire la sentenza in questo modo, *P. Mævium L. Titio in decem condamno, aut noxam dedere.* Separatamente conceputo il libello, separatamente proferita la sentenza, rettamente risponde.

§. II. E se avanti del giudice si agisce coll' azione reale, per la quale le cose singolari si chieggono, la quale propiamente dicesi *rei vindicatio*; il giudice, se giudicherà contro del petitore, cioè se crederà non doversi pronunziar la sentenza secondo ciò, che si cerca;, dev' assolvere il possessore: o giudicherà contro del possessore, e dev' ordinare, che la cosa stessa si restituisca co' frutti. Dice Triboniano *cum fructibus*, e non già con i frutti soli, m' ancora *cum omni caussa*. Adunque se si è cercato il

ser-

servo, si debbono restituire ancora i legati, e l'eredità, le quali li pervennero per mezzo di colui. Ciocchè Triboniano, trattando del jus reale, ha taciuto, l'ha poi espresso trattando dell'azione *ad exhibendum*: Or dice, *opus esse, ut eo judicio damnatus etiam rei caussam exhibeat, i. e. ut eam caussam habeat actor, quam habiturus esset, si quum primum ad exhibendum egisset, exhibita res fuisset*. Perciocchè si deve sapere ciò, che s'appartiene a' frutti, e che se si agisce colla speciale azione reale, il possessore di buona fede i soli frutti estanti deve dare, e lucra i percepiti prima della contestazione della lite, purchè l'ha consumati: ma però il possessore di mala fede è tenuto a dare tutt' i frutti. Al contrario nella petizione dell'eredità, così il possessore di mala fede, come di buona fede è tenuto intorno a' frutti consumati: però il possessore di buona fede è tenuto a tutto ciò, per cui siasi fatto più ricco: quello di mala fede deve restituire anche i frutti, che doveva percepire, *l. illud.* 40. §. 1. *d. de her. pet.*

§. IV. *ad* VII. Nell'azioni *familiae erciscundae, & communi dividundo*, deve il giudice dividere le cose comuni ugualmente, e la parte a ciascuno giudicar che si dia: e se la cosa non può dividersi, come se si trattasse di un uomo, di un mulo, e cose simili, allora si deve tutta ad un solo conferire, e di poi condannare questo stesso, a cui tutta la cosa è andata, a dare a quell'altro, che non ha ricevuta la sua porzione, una certa quantità di da-

na-

naro. Lo stesso è da dirsi di tutte le cose.

Nel giudizio *finium regundorum* si debbono dal giudice dividere i confini. E chi circa i confini ha commesso qualche cosa maliziosamente, come se avesse tolto furtivamente gl' arbori, o le pietre, che servivano di termine, nello stesso giudizio si deve condannare a ciò, che importa all' avversario. E poicchè nel giudizio de' confini non si tratta della divisione d' una cosa comune, ma di una cosa, che ciascuno asserisce esser sua, in un sol caso del territorio di uno una certa parte, al padrone dell' altro territorio si dev' aggiudicare, e condannare poi costui a dare a colui una certa somma di danaro, quando per togliere l' antica oscurità, e 'l dubbioso discernimento de' confini, sembra cosa ragionevole distinguere i territorj con nuovi confini. L' aggiudicazione, dice Triboniano, è un modo civile d' acquistare i dominj. Però la sentenza del giudice non fa dominio, ma solamente dichiara, che 'l jus competa a quel tale, e non dà a costui diritto, *l. sicut* 8. §. 4. *d. si serv. vind.*: onde *actio judicati* non è reale, ma personale.

TIT.

TIT. XVIII.

Intorno a' pubblici giudizj.

I Pubblici giudizj non hanno niuna ſimilitudine cogl' altri giudizj, de' quali abbiamo fin' ora trattato: e grande è la differenza tra queſti, e gl' altri così nell' iſtituire la lite, come in quella perſeverare. Or diconſi pubblici, perchè a ciaſcuno del Popolo per lo più ſi dà di queſti l' eſecuzione. Ho detto *per lo più*, perchè de' delitti dell' avolterio, e del parto ſuppoſto certe perſone ſolamente poſſono accuſare, *l. quamvis 30. C. ad l. Jul. de adult.* Or i delitti capitali ſono queſti.

Il primo è il delitto di Maeſtà. Sono rei di Maeſtà coloro, che contro l' Imperadore, o la Repubblica qualche coſa hanno machinato. La pena di coteſto atrociſſimo delitto è la perdita della vita, e la condanna della memoria del reo, anche dopo la morte. Di coteſto delitto due ſono i generi; il primo è di quello, che diceſi *perduellio*: l' altro è di quello, che volgarmente appellaſi delitto di Maeſtà. Il reo di perduellione è colui, che con animo oſtile, e nemico contro della Repubblica, e del Principe è diſpoſto. Il delitto poi di Maeſtà è ledere i diritti della ſomma poteſtà, ma non già con animo nemico, come ſe uno, per far lucro, batte monete &c.

Il ſecondo è l' avolterio. Or i violatori delle nozze aliene, e coloro, che ardiſcono eſerci-

citar nefanda libidine coi mafcoli, dalla legge Giulia *de adulteris coërcendis* fono puniti colla pena della morte: e per la fteffa legge Giulia fi punifce ancora la malvaggità dello ftupratore; cioè quando taluno ha ftuprato fenza violenza una vergine, ed una vedova, che oneftamente viveva: Or cotefto ftupratore, fe è nobile, fi punifce colla pubblicazione della metà de' beni: fe poi non è nobile, colla relegazione.

Il terzo è l' omicidio. La legge Cornelia *de ficariis* perfeguita gl' omicidj, o coloro, che camminano armati di ferro per uccidere quell' uomo, colla pena della morte. Per la fteffa legge fi punifcono colla morte i venefici, cioè coloro, foggiunge Triboniano, *qui artibus odiofis, tam venenis, quam fufurris magicis homines occiderint, vel mala medicamenta publice vendiderint.*

Il quarto è il parricidio. Dalla legge Cornelia, e dalla legge Pompeja fi ftabilì, che colui, che ha uccifo il padre, il figlio, o qualunque dell' affinità o di nafcofto, o palefamente, e colui col di cui dolo malo ciò fi fece, e benchè eftraneo, fi fcoprì cofcio del delitto, fi punifce colla pena del parricidio, cioè cucito dentro un cuojo con un cane, un gallinaccio, una vipera, ed una fcimia fi buttaffe nel vicino mare. Se poi taluno diede la morte ad altri cognati, ed affini, volle, che foffe punito colla pena della morte, e non già col cuojo.

Il quinto è il falfo. La legge Cornelia *de falfis* punifce colla pena della deportazione l' uo-

uomo libero, se servo, colla morte, il quale ha scritto, recitato, signato, o il testamento, od altro istromento falso: O vi ha fatto, vi ha scolpito, vi ha espresso un segno falso, e adulterino, con dolo malo.

Il sesto è la violenza pubblica, o privata. La legge Giulia *de vi publica, seu privata* punisce coloro, che hanno commesso violenza, se con mano armata colla deportazione, se senza le armi colla pubblicazione della terza parte de' beni.

Il settimo è il peculato. La legge Giulia punisce coloro, che hanno rubato il pubblico danaro, o la cosa sagra, o religiosa colla deportazione; Però coloro, che hanno rubato le cose sagre, che propiamente diconsi sacrilegj, si puniscono colla morte. E se gli stessi giudici nel tempo dell' amministrazione hanno rubato il pubblico danaro, e coloro, che dato hanno il loro ajuto, si puniscono colla morte.

L' ottavo è il plagio, cioè una frodolente suppressione dell' uomo libero, e del servo alieno. Or la legge Flavia *de plagiariis* alle volte punì i rei del plagio colla pena capitale, alle volte con pena più mite.

Fine del Libro IV. e Tom. II.

